

علي علي سليمان

مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

نظرات قانونية مختلفة

للمزيد من الحصرية زورونا على مدونة الكتب الحصرية

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/> <https://www.facebook.com/koutoubhasria>



- 1 - القانون والأخلاق 5
- 2 - الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في بلاد العربية 27
- 3 - مركز المرأة في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأجنبية 49
- 4 - مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى 77
- 5 - السبب الأجنبي في القضاء الفرنسي وفي القانون المدني الجزائري 99
- 6 - شرط التغير في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي وفي القوانين العربية 117
- 7 - الخيار option أو عدم الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية 131
- 8 - مسؤولية الناقل التجاري في القضاء الفرنسي وفي القوانين العربية 157
- 9 - التعويض الاتفاقية في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين العربية 179
- 10 - الضرر الأدني le préjudice moral وموقف التشريع الجزائري منه 197
- 11 - الفرق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية 219
- 12 - خطأ الضرر 239
- 13 - تغير الجنس 259

ديوان المطبوعات الجامعية

علي علي سليمان

نظرات قانونية مختلفة



ديوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر

© **ميوان المطبوعات الجامعية : 03—1994**

رقم النشر: 3850 · 02 · 4

مقدمة

نظرات قانونية مختلفة

هذه ثلاثة عشر موضوعا قانونيا عالجتها بتعمق، ألقيت بعضها في محاضرات عامة، ونشرت الباقي في المجلات. ولما كانت هذه الموضوعات قد تضمنت أفكارا مثمرة، ومفيدة، وحالية، ولكنها مبعثرة هنا وهناك، ولما كان جمع شتاتها ونشرها في كتاب سيحقق لها الدوام وعموم النفع. فقد تقدمت بها الى ديوان المطبوعات الجامعية راجيا نشرها، لعلني أكون بنشرها قد أسهمت بسهم آخر في اثراء المكتبة القانونية العربية بالجزائر، وأضفت الى ما قدمته لوطني الثاني، الحبيب الى قلبي، قطرة أخرى من عصارة ذهني، فأكون قد أوفيت هذا الوطن الكريم بقسط من واجب الوفاء والعرفان. وهذه هي الموضوعات الثلاثة عشر:

- 1 — القانون والأخلاق: وقد بينت فيه علاقة القانون بالأخلاق، ونطاق كل منهما، ومدى تأثير الاخلاق على القانون.
- 2 — الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية. وقد بينت فيه صلاحية هذه الشريعة لتلبية حاجات البلاد العربية من القانون.
- 3 — مركز المرأة في الشريعة الاسلامية، وقد بينت فيه كيف ان شريعتنا منحت المرأة من الحقوق ما لم تحظ به المرأة الغربية حتى اليوم.
- 4 — مركز الأجنبي في الشريعة الاسلامية، وقد أظهرت فيه كيف أن شريعتنا نظرت الى الأجنبي نظرة انسانية وعاملته خير معاملة.

- 5 — شرط التمييز في المسؤولية المدنية، وقد قارنت فيه بين القانون الفرنسي والقوانين العربية، وبينت فيه ارتباط التمييز بفكرة الخطأ وجوداً وعدماً.
- 6 — السبب الأجنبي في القضاء الفرنسي وفي القانون المدني الجزائري.
- 7 — الخيار L'option أو عدم الخيار، وقد أوضحت فيه مذهب القائلين بالخيار بين المسئوليتين. ومذهب رافضيهما وحجج كل منهما.
- 8 — مسؤولية الناقل المجاني — وقد استظهرت فيه تطور القضاء الفرنسي في هذا الصدد وموقف قوانيننا العربية منه.
- 9 — التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي La clause pénale قارنت فيه بين تطور القضاء الفرنسي بصدده وموقف القوانين العربية منه.
- 10 — الضرر الأدبي وموقف التشريع الجزائري منه، وقد بينت أن التشريع الجزائري يقبله وفندت رأي القائلين بالعكس.
- 11 — الفوارق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وقد أبرزت فيه هذه الفوارق بوضوح وجلاء.
- 12 — خطأ المضرور La faute de la victime وقد بينت فيه المراحل الخمس التي مر بها القضاء الفرنسي وموقف القانون المدني الجزائري منه.
- 13 — تغيير الجنس Transsexualisme وهو موضوع عرض على القضاء الفرنسي حديثاً وقد جرى فيه التساؤل حول ما إذا كان للانسان الحق في أن يغير جنسه من أنثى الى ذكر أو بالعكس، وقد بينت فيه رأيي بعدم قبوله لما يترتب عليه من نتائج خطيرة.

د. علي علي سليمان
أستاذ بمعهد الحقوق — جامعة الجزائر

القانون والأخلاق

1 — موضوع هذا الحديث هو البحث عما إذا كان القانون والأخلاق شيئاً واحداً أو انهما يختلفان؟ فإذا كان الأثنان يختلفان فلماذا ومتى نشأ هذا الاختلاف؟ وهل هذا الاختلاف حتمي لا مناص منه أو أن من الميسور التغلب عليه والتوفيق بين القانون والأخلاق.

2 — ولكي نحدد أبعاد هذا الحديث ونحصره في إطار معين نسارع فنقول ان المقصود بالقانون في حديثنا هذا هو مجموعة القواعد الوضعية التي يسير عليها مجتمعنا الحالي اليوم فعلاً، أو بعبارة أوضح مجموعة القواعد المستمدة من القوانين الأرضية التي وضعها الإنسان.

وإذن فلا تدخل في مفهوم القوانين في هذا الحديث قواعد الشريعة الإسلامية التي لم نتخذها حتى اليوم بكل أسف مصدراً وحيداً أو على الأقل المصدر الأول لتشريعنا، ولقد قامت شريعتنا الغراء منذ وضعت أسسها على مبادئ قومية من الأخلاق، واستهدفت كل قواعد أهدافاً سامية، ولم تشذ قاعدة واحدة عن الأهداف التي تنادي بها الأخلاق. فياحبذا لو كان العالم الإسلامي، أو على الأقل العالم العربي قد سار على مبادئ هذه الشريعة العظيمة، الغنية بمذاهبها، والحافلة بمختلف الأحكام التي تصلح دون ريب لكل زمان ولكل مكان.

3 — وليست مشكلة اتحاد القانون والأخلاق أو اختلافهما بحديثه العهد، بل هي مشكلة قديمة نشأت حين قيل إن للفرد مصالح تتعارض مع مصلحة المجتمع، وحين أريد للقانون أن يحيد عن المهمة الأساسية

التي خلق من أجلها، وهي التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، ومحاولة منع التعارض بينهما وإلا وجبت التضحية بمصلحة الفرد.

4 — ولقد بحث فلاسفة اليونان هذه المشكلة بحثا فلسفيا واختلف رأيهم فيها باختلاف مدارسهم. فطبقا لرأي المدرسة السوفسطائية الذي يبرز في القرن الخامس قبل الميلاد، كانت القواعد القانونية الوضعية يجب أن تهدف الى شيء واحد هو المنفعة الفردية، بصرف النظر عما عداها وعن فكرة الخير المطلق وعن فكرة العدالة المطلقة، أي أن القواعد الوضعية يجب أن تضحي بالمثل الخلقية في سبيل تحقيق المنفعة الفردية.

ثم جاء سقراط ومن بعده تلميذاه افلاطون وأرسطو فأتحدت كلمتهم على ضرورة احترام القوانين الوضعية ولو كانت ظالمة، وأيدوا الرق على الرغم من منافاته للأخلاق، وأنكروا أن تكون للأفراد حقوق شخصية منحتم الطبيعة أيها، وقالوا أن الدولة هي كل شيء، وكل ما تضعه من قوانين يكون خلقيا وحسنا ولو لم يكن كذلك في الواقع، وأن على الأفراد طاعة هذه القوانين مهما كان هدفها. ورأوا أنه إذا تعارضت القواعد الوضعية مع مبادئ الأخلاق وجب العمل بالقواعد الوضعية والتضحية بمبادئ الأخلاق حتى لا تسود الفوضى.

وعلى العكس من هذا المذهب قام مذهب المدرسة الرواقية (L'Ecole stoicienne) في القرن الثالث قبل الميلاد، وهي مدرسة الزهد والتقشف، يبرز مبادئ الأخلاق وينادي بوجوب تطويع القواعد القانونية الوضعية لمبادئ القانون الطبيعي القائم على أساس الأخلاق، وكان هذا المذهب أول من قال بوجود قانون طبيعي أزلي ثابت لا يتغير بتغير الزمان ولا المكان، ولا يخرج عن حكمه شيء في العالم، وهو يهدف الى تحقيق الانسجام والتناسق في العالم، ويجب على المشرع وعلى القاضي وعلى الفقيه بل وعلى الانسان في حياته اليومية أن يسير على هدى مبادئ هذا القانون،

وهو يستطيع أن يكشف عنه بعقله وضميره الذي يناديه بعمل ما يجب عمله وبالامتناع عما لا يجوز عمله، ونادى بالغاء الرق، وبالمساواة بين الطبقات، وبالتضحية بالقانون الوضعي إذا تعارض مع مبادئ الاخلاق. أما مدرسة الابيقوريين التي قامت في القرن الثالث قبل الميلاد فتقوم فلسفتها على أساس مبدأ اللذة، فاللذة هي غاية الانسان وسعادته، والفضيلة هي الوسيلة التي تحقق هذه اللذة، والعدالة التي تهدف اليها القوانين يجب أن تكون صورة راقية مهذبة من الأثرة، والقواعد القانونية التي تحمي الحق الفردي يجب أن تقوم على أساس أناني، ولا يحترم قانون وضعي الا بمقدار ما يكون نافعا، فان كان ضارا وجب اهداره واعتباره غير موجود. وإذن فمعيار القواعد الوضعية عندهم ليس العدل أو الظلم، وانما معيارها أن تكون نافعة وليست ضارة، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون هدف القواعد القانونية منفعة الفرد لا مبادئ الاخلاق المجردة.

5 — أما إذا تركنا الفلسفة اليونانية وألقينا نظرة على ما عداها، فإننا نجد أن أغلب شعوب الشرق القديم اعتبرت أن القواعد القانونية والدينية والخلقية شيء واحد، وأن مصدر الجميع هو الارادة الالهية. ومن جهة أخرى فالراجع أن القانون نشأ عند الرومان نشأة دينية وامتزج بالاخلاق، فكان الجميع شيئا واحدا مصدره الارادة الالهية. فهذا شيشرون يقول «الحكماء مجتمعون على أن القانون ليس من صنع العقل البشري، ولكنه شيء أبدي يحكم العالم كله، صادر عن الآله الأعظم جوبيتر ليبين لنا ماذا يجب عمله وماذا يجب تركه». ونرى الصبغة الدينية تخلع على القواعد القانونية من حيث الجزاء، فمن يخالف القواعد القانونية سوف يلقي جزاءه من الآلهة ليس فقط في الحياة الدنيا بل وبعد موته. ونرى اتحاد القانون والاخلاق في قول الفقيه الروماني أو لبيانوس: «القانون هو فن الخير والعدالة، والقواعد التي يقوم عليها هي: استقامة السير في الحياة، وعدم اىذاء أحد، وإتقاء كل ذي حق حقه».

وكان التشريع عند الرومان قديما يصدر عن الملك باعتباره الرئيس الأعلى للدولة، الذي يجمع بين السلطتين الزمنية والدينية، فكل تشريع يصدر عنه بهذه الصفة يفترض أنه يستجيب لمبادئ الاخلاق. غير أن انفصال القانون عن الدين وابتعاده عن الاخلاق، بدأت بوادره لدى الرومان وخصوصا في أواخر العصر الجمهوري سنة 304 ق.م. إذ برزت بوضوح فكرة القانون الطبيعي القائم على الاخلاق والذي يختلف عن القانون الوضعي القائم على تنظيم الحياة الواقعية، ولو ابتعد هذا التنظيم عن فكرة العدالة. فترى الفقيه بول يقول قولته المشهورة «ما يجيزه القانون قد لا يكون دائما ملائما للأخلاق».

6 — ثم ظهرت المسيحية فتم الفصل نهائيا بين القانون والأخلاق. ذلك أن المسيحية نشأت مستضعفة أمام سلطان أباطرة الرومان الرهيب، فلم تستطع أن تتعرض للقوانين الوضعية التي تصدر عنهم، ولا أن تنادي بضرورة اتحاد القانون والأخلاق، بل قنعت باعلان أن ما لقيصر لقيصر ومالله لله، وصرفت النظر تماما عن الحياة الدنيا، وتوجهت الى الدار الآخرة، وقال المسيح عليه السلام «ان مملكتي ليست في هذا العالم».

وفرق فقيه المسيحية الشهير القديس توماس الاكويني بين أنواع ثلاثة من القوانين:

النوع الأول: القوانين السرمدية التي تحكم العالم، والتي لا يعلمها الا الله والراسخون في العلم ممن أوحى الله اليهم بها.

النوع الثاني: القانون الطبيعي، وهو المرآة التي تنعكس فيها القوانين الأبدية، ويستطيع العقل الانساني أن يدركه، وهو يشتمل على المثل العليا الخلقية.

النوع الثالث: القوانين الوضعية وهي التي يقوم الانسان بوضعها، وينبغي ان تحتذى المثل التي اشتمل عليها القانون الطبيعي.

وهكذا فرق القديس: توماس بين القانون الطبيعي المشتمل على المثل العليا للأخلاق وبين القوانين الوضعية التي ينبغي لها أن تحتذيه ولكنها قد لا تحتذيه، وأعلن أن لقيصر أن يضع من القوانين ما يشاء ولو كانت غير عادلة، ولا يجوز للأفراد عصيانها.

وهكذا كانت خشية الكنيسة المسيحية من سطوة قياصرة الرومان من أسباب انفصال القانون الوضعي عن الأخلاق، ومن يومئذ تبلورت فكرة القانون الطبيعي، وكانت بمثابة ملجأ يأوي إليه الآباء الكنسيون ينشدون في رحابه المثل الخلقية العليا التي تهدف إليها المسيحية، والتي عز عليهم أن يحققوها في القوانين الوضعية، ولو أن القوانين الوضعية استهدفت دائما المثل الخلقية ما نشأت فكرة القانون الطبيعي.

7 — ثم جاءت القرون الوسطى، والعصر الاقطاعي المظلم، وسادت فكرة الملكيات المطلقة والامارات المستبدة، وفكرة التفويض الآهي، وأن الملك أو الأمير حين يضع القوانين يفترض انها صادرة عن الارادة الآلهية، ولذا فهي عادلة مهما كانت ظالمة، ومحقة للمثل العليا مهما كانت غير خلقية، ويجب أن تطاع لأنها من ارادة الله. وينشر هوبس وماكيا فيللي فكرة الأمير المطلق السلطة، وينصح الأخير الأمير بأن يكون ماكرا، لا يرعى في سبيل وضع القوانين الا مصلحة الدولة مهما كانت الوسيلة غير خلقية، ومتى تعلق الأمر بمصلحة الدولة فكل الوسائل التي تتخذ في سبيل تحقيقها فاضلة وشريفة مهما كانت منافية للأخلاق، ولا ينبغي مطلقا أن يقام وزن للأخلاق، إذا اقتضى الأمر وضع قانون يحقق مصلحة الدولة، مع ملاحظة أنه كان يقصد باصطلاح الدولة يومئذ السلطة الحاكمة وحاشيتها من النبلاء، أما عامة الشعب فلم تكن تؤخذ حينئذ في الاعتبار، ولم تكن فكرة أن الشعب مصدر السيادة قد وجدت بعد. وقد نادى هوبس بأن ارادة الأمير

هي المصدر الوحيد للقوانين، وأن القانون الذي يضعه الأمير لا يمكن أن يكون غير عادل مهما كان منافيا للأخلاق أو منحرفا عن المثل العليا التي يشتمل عليها القانون الطبيعي.

8 — ثم يجيء القرن الثامن عشر، ويسود عصر الفلسفة، وتتكون المدارس المختلفة المذاهب، ويحتدم الجدل حول القانون والأخلاق، ويكاد ينعقد إجماع الفلاسفة على أنه ينبغي أن يتجه كل منهما وجهة تختلف عن الوجهة الأخرى، فيحاول الفيلسوف الألماني توماسيوس في سنة 1713 أن يوضح لأول مرة معالم كل من القانون والأخلاق واختلاف كل منهما عن الآخر، فيقول إن الأخلاق ترجع إلى ضمير الفرد وتهدف إلى سلام النفس الداخلي، ومصدر الواجبات الخلقية هو ضمير الإنسان الداخلي دون تدخل من الخارج، بينما الواجبات القانونية تهدف إلى سلام المجتمع، ومصدرها خارجي عن الضمير الفردي، وهي ملزمة بطريق القوة العامة. وتتكون في ألمانيا مدرسة بزعامة (كانت) تفصل بين القانون والأخلاق فصلا جذريا، فيضع (كانت) في سنة 1795 مؤلفه عن السلام الأبدي، وفي سنة 1797 مؤلفه عن المبادئ الأولية لميتافيزيقا المذهب القانوني، فيميز فيها أدق التمييز بين القانون والأخلاق، فيقول إن المرء يقوم بواجبه الخلقي بقصد القيام بهذا الواجب في ذاته دون أي دافع من خوف أو أمل، بل طاعة منه لأمر مطلق مجرد (Impéuratif catégorique) يصدره إليه ضميره. وإذا كان قيام المرء بواجبه الخلقي مشوبا بأية عاطفة أو بأية شهوة، فقد تجرد عن صفته الخلقية، مهما كانت غايته نبيلة، فلو أن امرأ قام بواجبه الخلقي بدافع المودة لصديق أو الشفقة لبائس، فإنه لا يكون قد أدى واجبه الخلقي. وهكذا ارتفع (كانت) بالأخلاق إلى المثل الأعلى المجرد، ولذلك سخر منه الشاعر الألماني «شيلر» حين قال «لقد أقوم طوعا باداء خدمة لصديق، ولكني بكل أسف قد أقوم بها مدفوعا بحبي لصديقي فأعص بنان الندم لأنني لم أقم بعمل فاضل».

هذا بينا الواجب القانوني في رأي (كانت) يقابله حق من طرف آخر، ولا يقوم المرء بواجبه القانوني الا خشية ان تنزل به السلطة العامة جزاء، وإذن فهو أمر مشروط لا مجرد. وبينما تهتم الأخلاق بالنوايا وبالذوافع، فيجب أن يبتعد القانون عن النوايا والذوافع، وان ينصرف اهتمامه الى المظهر الخارجي للعقل وحسب، ولا يجوز للقاضي ان يتحرى طوايا النفس الانسانية. ومن المعروف ان مصدر القانون في رأي (كانت) هو الدولة، فهو لم يكن يعترف لغير التشريع بقوة القانون.

ولقد تكونت في ألمانيا مدرسة سايرت (كانت) في مذهبه. وكان من أشهر زعمائها هيجيل، واهرنج، وجبلينك، وجربير، ولاباند، فتأثر القانون المدني الألماني الذي نفذ في أول هذا القرن بفلسفة هذه المدرسة وبفلسفة نيتشه اللاحقية، فجاء لذلك متصفا بنزعة مادية، مضحيا في كثير من نواحيه بالأخلاق، فنراه يأخذ بالتصرف القانوني المجرد عن السبب، ويعتبر الالتزام رابطة مادية بين ذمتين، بصرف النظر عن الأشخاص الانسانية، ولا يعبأ بالارادة الحقيقية للشخص، بل يقصر اعتباره على الارادة المعلنة ولو لم تكن هي الحقيقية.

وقد قامت في إنجلترا مدرسة نحت نحو مدرسة (كانت)، تزعمها بنتام، وتبعه جون ستيوارت ميل، وهربرت سبنسر، وعلى الرغم من أن هذه المدرسة تتفق مع المدرسة الألمانية في ضرورة الفصل بين القانون والأخلاق، فانها تختلف عنها في الغاية، فبينما يرتفع (كانت) بالأخلاق الى مثل الأعلى المجرد، فان المدرسة الانجليزية تنحط بهذه الغاية الى مستوى المنفعة الفردية. وترى أن ما هو خير هو الذي يحقق للمرء منفعة ولذة، وهكذا تعيد الى الوجود نظرية المدرسة الابيقورية اليونانية، ويوضح بنتام الفصل بين القواعد القانونية والخلقية من حيث النطاق فيقول: إن القواعد القانونية ضيقة النطاق لأنها تهدف فقط الى تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض على أساس من العدالة، بينما القواعد الخلقية تهدف الى ما هو أبعد

من ذلك لأنها تنظم علاقات المرء بربه، وعلاقاته بنفسه وبالأفراد الآخرين، ويرى أن أساس علاقات الأفراد الخلقية بعضهم ببعض يقوم على الأحسان (la charité).

9 — أما في فرنسا فقد قامت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر على أنقاض عهد كان الفرد العادي من أبناء الشعب لا حقوق له فيه، فكانت رد فعل لهذا العهد، فغالت مغالاة شديدة في نشر المذهب الفردي، وحقوق الفرد وحرية الفرد، حتى تناست المجتمع. ولقد لوحظ بحق أن المذهب الفردي الذي يقدم مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع قد انحرف بالقوانين عن الأهداف الخلقية، فقد قام النظام الرأسمالي على أساسه، وهذا النظام حدا بالدولة الى وضع القوانين التي تشجع على الاحتكار، وتحمي الطبقة المستغلة، وتجزئ الفوائد الربوية، وترتب عليه أن أصبح حق الملكية حقا مطلقا، وساد مبدأ سلطان الإرادة في العقود، ومبدأ أن الاتفاق يقوم مقام القانون، ولا يجوز تعديله مهما تغيرت الظروف الا باتفاق المتعاقدين، وعدم مسئولية من يستعمل حقه عما يترتب على استعماله من أضرار، الى آخر هذه المبادئ التي قامت على أساس المذهب الفردي.

وسادت الأفكار التي تفصل بين القانون والأخلاق، فهذا فقيه يقول أن من الخطر أن ينظر الى القانون من ناحية خلقية أو أن يخضع القانون للأخلاق، فالقانون علم مستقل عن الأخلاق، واخضاعه للأخلاق معناه الرجوع الى الرومانتيكية القديمة، وهو علم واقعي وتجريبي، يحكم عملا خارجيا، ويهدف الى نشر الامان والاتساق بين أفراد المجتمع، بينما تهدف الأخلاق الى الكمال الذاتي للفرد. نعم أن كليهما يتصل بسلوك الانسان، ولكن تقدير هذا السلوك خلقيا يختلف عن تقديره من الناحية القانونية، فتقييم الأخلاق لسلوك الانسان يتم طبقا لمعيار مثالي بينما تقييم القانون لسلوك الانسان يتم طبقا لمعيار عادي تجريبي مستمد من حياة المجتمع ونظامه. وبعبارة أخرى تهدف الأخلاق الى السبر بالمرء نحو مصير ليس في هذا العالم

الأرضي، بل هو المصير الذي يقربه من الله، بينما هدف القانون انساني محض وهو أن يسود النظام في المجتمع. ثم المدرسة الواقعية التي تكونت في القرن التاسع عشر بزعماء أوجست كومت، والمعروف أن مذهب (كومت) يقوم على أن الانسانية قد مرت بأطوار ثلاثة:

الطور الأول: هو الطور الديني، وكانت الانسانية في خلاله تفسر الأحداث والظواهر الطبيعية تفسيراً دينياً، وتعزو كل شيء الى القوى الالهية.

الطور الثاني: هو الطور الميتافيزيقي، وكانت الانسانية تعزو كل شيء فيه الى ما بعد الطبيعة. ثم وصلت الانسانية أخيراً الى **الطور الثالث** وهو طور التفكير الواقعي المبني على الملاحظة والتجربة. وبما أن الواقعية تناولت كل شيء في رأي هذه المدرسة، فقد تناولت الأخلاق واعتبرتها علماً واقعياً، ووجهها من أوجه علم الاجتماع، وقالت إنه لا ينبغي أن يكون هناك شيء يسمى الأخلاق (la morale) وإنما ينبغي أن يكون هناك علم للأخلاق والعادات (Science de moeurs) وليست هناك نظرية للخير المطلق، ولا للعدل المطلق، ولكي يدرك الانسان ما هو عادل وما هو غير عادل يجب أن يرجع الى التجربة والى التاريخ، وأما القانون فهو في رأيها انتاج اجتماعي (produit social). ومجموعة من الواجبات يقوم بها كل امرئ نحو غيره، وليس لأي شخص حق فردي، وإنما له وظيفة اجتماعية. وليس هناك شيء يسمى القانون الطبيعي وإنما يوجد علم الاجتماع القانوني (Sociologie juridique)، وهو الذي تسمح اكتشافاته الواقعية وحدها بأن تستخدم كأساس للتشريع. والخلاصة ان هذه المدرسة ترى ان ليست هناك أخلاق ترسم مثلاً علياً، وتهدف الى ما ينبغي أن يكون، بل هناك حصيلة تجارب وملاحظات تترتب عليها قواعد قانونية أو خلقية، والقانون والأخلاق كلاهما علم يرتكز على الملاحظة والتجربة، ويخضع لقواعد حتمية كالعلوم الطبيعية.

10 — هذه نبذة تاريخية تبين لنا أن مسألة انفصال القانون عن الأخلاق قد مرت بأطوار مختلفة.

فلننظر الآن علام يستند أنصار الفصل بين الاثنين، إنهم يقولون إن القانون والأخلاق يختلفان من حيث المصدر، ومن حيث النطاق، ومن حيث الهدف، ومن حيث الجزاء:

أ — فمن حيث المصدر: يقولون إن القواعد القانونية تصدر عن الدولة بواسطة التشريع بينما القواعد الخلقية تصدر عن ضمير المجتمع وسلوكه.

ب — ومن حيث النطاق: يقولون إن نطاق القواعد القانونية ضيق، يقتصر على السلوك الخارجي للإنسان، وعلى علاقاته المحسوسة بأمثاله في المجتمع، بينما نطاق القواعد الخلقية أوسع مدى، إذ هو يشمل سلوك الإنسان الداخلي والخارجي، فضلاً عن معاملته لغيره، أي يتجاوز نطاق القانون بتناوله معاملة الإنسان لنفسه.

ج — ومن حيث الهدف: يقولون إن هدف القانون هو اقرار النظام في المجتمع، وهو لا يطالب المرء إلا بأن يقف من غيره موقفاً سلبياً، أي بالألا يعتدي عليه، بينما هدف الأخلاق هو الكمال الإنساني، والوصول الى المثل الأعلى، ومطالبة المرء بالمساعدة والاحسان لا مثاله والوقوف منهم موقفاً ايجابياً.

د — ومن حيث الجزاء: يقولون إن الجزاء على مخالفة القواعد الخلقية ينحصر في تأنيب الضمير أو في استنكار المجتمع، بينما الجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه.

هذه هي مواطن الفصل بين القانون والأخلاق في نظر القائلين بالفصل بينهما، فهل هي فوارق نهائية بين الاثنين؟ كلا. ذلك أن من الخطأ

القول بأن مصدر القواعد القانونية هو التشريع الذي تصدره الدولة وحده، ولقد فند رأي المدرسة الألمانية التي كانت تقول بذلك، كما هجر رأي الفقيه الانجليزي أوستن الذي أعلن في النصف الأول من القرن الماضي أن القانون هو فقط ما تمليه السلطة العامة من أمر أو نهي، وأن العرف لا يعتبر مصدر القواعد القانونية إلا إذا أجازته السلطان. مع أن العرف كان قديما هو المصدر الأساسي لنقانون، كما كان وما يزال حتى الآن مصدر القواعد الخلقية، فكلتا النوعين من القواعد القانونية والخلقية مشترك في هذا المصدر. ولقد تولت المدرسة التاريخية بزعماء الفقيه الألماني العظيم ساقيني الدفاع عن هذا الرأي بقوة خلال النصف الأول من القرن الماضي، كما قرر عالم الاجتماع الشهير اميل دور كايم أنه ليس هناك فرق أساسي بين العرف الخلقي وبين القانون. وما زال العرف الذي ينشيء القواعد الخلقية ينشيء حتى اليوم القواعد القانونية لا سيما في إنجلترا.

ولو تأملنا مليا في أصل القواعد الخلقية والقواعد القانونية لوجدنا ان كلا النوعين من القواعد هو في الأصل قواعد سير وسلوك اصطلاح عليها المجتمع، وارتضاها ضميره، فسارت عليها الجماعة الانسانية، ولما تكونت الدولة تدخلت في هذه القواعد فوضعت للبعض منها جزاء على مخالفته، ولم تضع مثله للبعض لآخر فسمى النوع الأول قواعد قانونية والنوع الثاني قواعد خلقية.

والى جانب اشتراكهما في العرف كمصدر، فهما يشتركان في مصدر ثان هو القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وقد نصت المادة الأولى من القانون مندي الجزائري على مايلي:

1 — يسرى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفي فحواها.

2 — وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ قانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهكذا نرى أنه إذا اعوز القاضي النص التشريعي، ولم يجد الحكم في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف فعليه أن يبحث عنه في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ولقد سبق أن قلنا أن القانون الطبيعي هو مجموعة المثل الخلقية التي يجب أن يحتذيها القانون الوضعي، فإذا كان القانون الطبيعي وقواعد العدالة مازالا حتى اليوم مصدرا للقواعد القانونية، فإنهما كانا وما يزالان مصدر القواعد الخلقية. وإذن فكلما النوعين من القواعد يشترك أيضا في هذا المصدر.

أما من حيث النطاق، فليس صحيحا ما قيل من أن نطاق القواعد القانونية مقصور على تقدير السلوك الخارجي للإنسان وحسب ولا يمتد إلى ذات نفسه، وإن ليس للقانون أن يتدخل فيما يدور في طوايا النفس الإنسانية. فالواقع هو أن القانون يفرق كالأخلاق بين الشخص حسن النية والشخص سيء النية في نطاق المسائل المدنية، ويفرق بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية في نطاق القانون الجنائي. كما أن القانون المدني يحيط بحمايته ناقصي الأهلية لقصر أوعته أو جنون أو سفه أو غفلة، ويحمي من شاب رضائه عيب من غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال، ويقبل الطعن في التصرفات للغش أو للغبن، ويقضي ببطالان التصرفات المنطوية على سبب غير مشروع، أي غير خلقي.

كما أنه ليس صحيحا أن القانون لا يعني بعلاقة الإنسان بنفسه، فأكثر القوانين تعاقب على الشروع في الانتحار، وعلى اجهاض المرأة نفسها ولو لم يكن في بطنها جنين قد تكون، وتبطل كل اتفاق يمس سلامة جسم الإنسان، وتقضي ببطالان كل اتفاق من شأنه تعديل أهلية الإنسان أو النزول عنها، وتحرم على الإنسان النزول عن حرته الشخصية، وتحرم على الإنسان في كثير من الأحكام التنازل عن حقوقه الشخصية.

وأما من حيث الهدف، فليس صحيحا أن القانون يقتصر فيما يقرر على حقوق تقابلها الالتزامات ولا يسعى إلى ما ينبغي أن يكون، فهناك قواعد

قانونية تعاقب من لم يقم باغاثة المنكوب المعرض للهلاك متى كان قادرا على اغاثته. مثال ذلك القانون الفرنسي الصادر في يونيه سنة 1945 والمادتان 388، 369 من قانون العقوبات الليبي.

والقانون المدني الجزائري يرتب التزاما طبيعيا في ذمة الشخص الذي سقط التزامه المدني بالتقادم، ويحرمه من استرداد ما قام به وفاء لهذا الالتزام الطبيعي الذي لم يكن مجبرا على الوفاء به. فبمقتضى أعمال القواعد القانونية الجامدة يسقط الالتزام المدني بالتقادم سقوطا لا يدع مجالا لتخلف أي التزام عنه في الذمة، بحيث لو قام الذي كان مدينا بالوفاء به بعد سقوطه يكون له الحق في رفع دعوى استرداد ما دفع دون حق، ولكن المثل لخلقية أملت هنا حكما يستجيب للمثل الأعلى فقضى القانون بمنع الاسترداد. والقانون المدني الجزائري يبنى مسؤولية الانسان عن أفعاله الضارة على التمييز ويقضي بعدم مسؤولية الصبي غير المميز عن أعماله الضارة، ولكن قد يكون غير المميز موسرا والمضرور بحاجة الى التعويض، وقد يكون هناك شخص مسئول عنه يستطيع أن يدفع التعويض، والمثل الخلقية تتأذى من أن يعفي غير المميز حينئذ من التعويض والمضرور محتاج اليه، لذلك قضى القانون بأن يلزم القاضي من وقع منه الضرر وهو غير مميز بتعويض عادل في هذه الحالة. ويقضي القانون بإبطال التعامل في تركة انسان ما زال على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه، فلو وجب أعمال القواعد القانونية الجامدة لكان لاتفاق على التعامل في مال مستقبل صحيحا لا سيما وصاحب المال موافق على هذا التعامل، ولكن المثل الخلقية تأبى المقامرة على تركة انسان ما زال حيا لكيلا يكون هناك مجال لتعجل موته أو للتأمر على حياته لانفاذ تصرف. والقانون المدني يقضي برد ما تسلمه الانسان وليس مستحقا له، ولو وجب تطبيق هذه القاعدة القانونية في كل الحالات لكان على ناقص الأهلية أن يرد ما تسلمه وليس مستحقا مهما كان مصير ما قبض، مع أنه قد يكون وهو ما زال دون النضوج قد تصرف فيما قبض دون أن

تعود عليه منه فائدة، ولذلك تدخلت المثل الخلقية هنا فقضى القانون بالألا يلزم ناقص الأهلية بالرد إلا في حدود القدر الذي أثرى به، فإذا لم يكن أثرى بشيء فلا يلزم برد شيء.

والقانون المدني يقضى بأن من حاز شيئاً بحسن نية وقبض ثماره ثم استرده منه مالكة فلا يلزم برد ما قبضه من الثمار، فلو كان تطبيق الأحكام القانونية صار ما هنا لوجب على الحائز رد ما قبضه من ثمار شيء ظهر أنه لم يكن مالكا له، ولكن المثل الخلقية تقضى بأنه ليس من العدالة أن يلزم هذا الشخص حسن النية برد ثمار استهلكها وهو يعتقد أن من حقه أن يستهلكها. ويقضى هذا القانون بأن من ارتهن عقارا غير مملوك للراهن فإن رهنه لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره، ومع ذلك فلو ارتهن شخص حسن النية عقارا من راهن كان مالكا للعقار ثم زالت عنه ملكيته بأثر رجعي فإن رهن المرتهن يظل مثقلا للعقار على الرغم من عودته الى مالكة السابق، فلو كانت القواعد القانونية الجامدة واجبة التطبيق هنا لعومل هذا الرهن كرهن للملك الغير ينحسر عن العقار بمجرد عودته الى مالكة، ولكن المثل الخلقية تقضى بحماية هذا المرتهن حسن النية، ولذا قضى القانون ببقاء الرهن على العقار بين يدي مالكة.

ويقضى هذا القانون بصحة عقد البيع ما دام خاليا من أي عيب، ولكنه يقضى ببطلان بيع الوفاء احتراماً للمثل الخلقية لأن هذا البيع كثيرا ما يستر فوائد ربوية، فلو لم يكن للأخلاق اعتبار هنا لوجب ان يكون هذا البيع صحيحا، كما تقضى بذلك القوانين الغربية.

هذه بعض الأمثلة القليلة من القواعد القانونية الوضعية نرى منها أن الهدف من القانون لا يقتصر على التطبيق الصارم للأحكام الجامدة بصرف النظر عن النواحي الانسانية والخلقية، وأن أهداف القانون والاخلاق واحدة في كثير من المسائل.

وأما من حيث الجزاء فنحن نسلم بالتفرقة فيه بين القانون والأخلاق، فالجزاء على مخالفة القانون تتولى توقيعه السلطة العامة، بينما يقتصر جزاء مخالفة قواعد الاخلاق على تأنيب الضمير أو على استنكار المجتمع، ولكن هل من شأن هذا الاختلاف أن يجعلنا نياس من أن يصل الانسان يوما الى مستوى يرى فيه أن تأنيب ضميره أو استنكار المجتمع لفعله أشد قسوة على نفسه من الجزاء المادي الذي تنزله به السلطة العامة؟ ان تطور الانسانية يؤكد لنا أنها ستصل يوما الى هذا المستوى. فالتاريخ يدلنا على أن مسؤولية الانسان عن أفعاله الضارة. بدأت أولا مسؤولية جنائية، فكان كل فعل ضار يرتب عقوبة بدنية، ثم تطورت الانسانية فعرفت المسؤولية المدنية، وأصبح الانسان يسأل عن الكثير من أفعاله الضارة مسؤولية تقتصر على التعويض مالي، ثم تطورت الانسانية وأصبح التعويض في كثير من الأحوال أدبيا بل ورمزيا. والتزام المدين بدين بدأ في أول الأمر ملتصقا بجسمه لا ينفك عنه، فكان يحبس فيه أو يباع كرقيق أو يقتل إن لم يستطع الوفاء به، ثم تطورت الانسانية فأصبحت تعتبر الالتزام منصبا على ذمة الانسان المالية، فإذا عجزت الذمة المالية عن الوفاء به أكره بدنيا، ثم تهذبت الانسانية وحرمت الاكراه البدني في الالتزامات المدنية.

فازاء هذا التطور المستمر نحو الأفضل، ليس بعزيز أن تهذب الانسانية أكثر فأكثر حتى تصل الى طور يصبح فيه الانسان مسئولا أمام ضميره أو أمام المجتمع وحسب عن مخالفته للقواعد القانونية أو الخلقية على السواء، ويومئذ يتحد القانون والأخلاق في الجزاء. وأخيرا فالانسان العادي، أي غير المنحرف، لا يقوم بتنفيذ أحكام القانون خشية الجزاء، وإنما اقتناعا منه بأنه ينفذ أحكاما تستجيب لمبادئ الاخلاق، ولولا وجود هذا الاقتناع ندى الكثير من الناس، لتعطل تنفيذ الكثير من أحكام القانون.

11 — وهذه الاعتبارات فقد تكونت أخيرا مدرسة سميت المدرسة النفسية (L'Ecole psychologique) بزعامة الفقيه الفرنسي جورج ريبير

وجوسران وروبييه، وهي ترى أنه ليست هناك حدود فاصلة بين القانون والأخلاق، وإن القاعدة تبدأ خلقية ثم تتدرج في القوة حتى تصبح قانونية، وإن القانون كما يقول جوسران ليس إلا الأخلاق الاجتماعية خلعت عليها الدولة حمايتها، وإن احترام الإنسان للقانون كما يقول ريبير لا يتأتى إلا لكونه قائما على أساس من الأخلاق.

وبفضل تعاليم هذه المدرسة ولاسيما بفضل انتشار المذهب الاشتراكي وانكماش المذهب الفردي، أخذت التشريعات الحديثة تعود إلى مبادئ الأخلاق، وتتخذ منها هدفها الوحيد، فتحد من سطوة مبدأ سلطان الإرادة في العقود، وتدخل على حرية التعاقد مختلف القيود، خصوصاً فيما يتعلق بعقد البيع أو بعقد الإيجار، وتنص على مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وتتوسع في تطبيقاته في القانون المدني، وتنص على نظرية الظروف الطارئة التي تقول بتعديل الالتزام إذا حدثت بعد التعاقد ظروف استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، وتعطي للقضاء الحق في منح المدين المعسر مؤقتاً نظرة ميسرة، وتبتدع عقوداً اسمتها عقود الإذعان، وهي عقود يختل فيها التوازن بين قوى المتعاقدين فيكون أحدهما قويا باحتكاره والآخر ضعيفاً بحاجته، فتضع لها أحكاماً خاصة تحول دون استغلال القوي للضعيف. وتأخذ بنظرية السبب بمعنى الباعث الدافع لتبطل كل اتفاق يكون الباعث عليه منافياً للأخلاق، وتبتدع نظرية الاستغلال لكي تبطل العقد الذي استغل فيه أحد الطرفين ما في الطرف الآخر من طيش أو هوى حتى يحصل منه على مزايا استثنائية، أو لكي تتعادل التزامات الطرفين على الأقل.

وتتوسع في إبطال الاتفاقات المخالفة للآداب العامة أي للأخلاق، وتبطل الاتفاق الخاص بالمقامرة أو بالرهان، وتضع مختلف القواعد لحماية ناقصي الأهلية، وتدخل على حق الملكية مختلف القيود التي جعلت منه وظيفة اجتماعية بعد أن كان حقاً مطلقاً، وتضع التزامات على الجار نحو

حارده، وتلزم الشخص بالانفاق على أقاربه، وتجعل لهذه النفقة امتيازاً على أمواله، وتعتبر الغش سبباً لإبطال العقود في القانون المدني وسبباً في استبعاد لقانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، وتمنح طوائف العمال مختلف المزايا حتى يقفوا على قدم المساواة إزاء أرباب الأعمال، وتقبل الطعن في بعض التصرفات للغبن.

وما هذه إلا بعض الأمثلة الخلقية التي حفلت بها التشريعات الحديثة، وهي تدل على اتجاه روحي محمود للتشريع بعد أن كانت المادية قد سيطرت عليه.

12 — بقي أن نطرح تساؤلاً شغل الباحثين منذ عهد بعيد وهو: هل يجوز لأفراد المجتمع عصيان القانون غير الخلقى؟ ولعل ما يجعل لهذا تساؤل بعض الأهمية في الوقت الحالي ما نراه من عصيان بعض الشبان لأمريكيين لقوانين التجنيد التي تقضي عليهم بالمشاركة في الحرب الفيتنامية نحي يعتبرونها بحق حرباً غير إنسانية ومنافية لأبسط مبادئ الأخلاق.

ولقد أثارت هذه المسألة في مدارس الفلسفة اليونانية القديمة واختلفت في الإجابة عليها اختلافاً بيناً. فكانت المدرسة السوفسطائية ترى أن احترام القوانين الوضعية منوط باتفاقها مع منفعة الفرد، وما لم تكن محققة لهذه المنفعة فمن السائغ عصيانها. أما سقراط ومن بعده تلميذاه فلاطون وأرسطو فكانوا ينادون بضرورة احترام القوانين الوضعية مهما كانت ظالمة حتى لا تسود الفوضى، ويرون التضحية بالأخلاق ومبادئها إذا ما تعارضت مع قواعد القوانين الوضعية. وكلنا يعلم أن سقراط تجرع كأس السم احتراماً لقوانين الدولة ورفض ما أشار به عليه تلاميذه من هرب للنجاة من الموت الذي حكم به عليه ظلماً. أما المدرسة الرواقية فقد رأينا أنها كانت تنادي بضرورة احترام القانون الوضعي للأخلاق وبأنه إذا تعارض هذا القانون مع مبادئ أخلاق وجبت التضحية به وساغ عصيانه.

أما المسيحية فقد رأينا أنها بدأت مستضعفة أمام رهبة أباطرة الرومان فلم تكن تجرؤ على الجهر باستنكار قوانينهم غير الخلقية وقنعت بملاذ لجأت اليه وهو القانون الطبيعي، ووصل الأمر بفتيها القديس توماس الأكويني الى أن يقول أن لقيصر أن يضع من القوانين ما يشاء ولو كانت غير عادلة وأنه لا يسوغ لأفراد المجتمع عصيانها.

وكان هوبس يرى أن للأمير أن يصدر من القوانين ما يشاء، وأن القوانين التي يضعها لا يمكن مطلقاً أن تكون منافية للأخلاق، وبالتالي لا يتسنى للأفراد عصيانها. وكان (كانت) يقول أنه إذا أصدرت الدولة قوانين منافية للعدالة فليس لأفراد المجتمع أن يقاوموها وكل ما يستطيعون عمله هو أن يشكوا منها.

أما الفقهاء الذين نادوا بضرورة الوحدة بين القوانين والأخلاق فقالوا أنه إذا انحرف القانون عن الأخلاق فقد عنصر الالتزام فيه وأصبح من الواجب اهداره، وحق عصيانه، ورأوا أن هذا العصيان يتدرج على النحو التالي:

أولاً — يقتصر باديء بدء على اتخاذ موقف سلبي يمتنع فيه الأفراد عن تطبيق القانون غير الخلفي، فإذا الغت الدولة القانون انتهى الأمر، والا تدرج العصيان الى المرحلة التالية.

ثانياً — وفي هذه المرحلة يتخذ الأفراد من القانون موقفاً إيجابياً يتمثل في أن يدافع كل فرد عن نفسه ضد اجراءات تطبيق القانون عليه، فإذا لم يفلح هذا الموقف في الغاء القانون تدرج العصيان الى المرحلة التالية.

ثالثاً — وفي هذه المرحلة يأخذ العصيان صورة مقاومة السلطة التي أصدرت القانون واکراهها على الغائه.

ولقد نص اعلان حقوق الانسان الصادر عن الثورة الفرنسية في المادة الثانية منه على أن للانسان حقاً طبيعياً غير قابل للسقوط في أن يقاوم القوانين الظالمة.

ولكن يخيّل إلينا أن هذا رأي غير سديد، ويمكن أن يعترض عيه
الاعتراضات الآتية:

1 — بأن الحكم على قانون بأنه عادل أو غير عادل مسألة نسبية،
فقد ترى طائفة من الشعب أن قانونا غير عادل لأنه يمس مصالحها أو يقضي
على بعض المزايا التي تتمتع بها، بينما ترى طائفة أخرى من الشعب أن هذا
القانون عادل لأنه يحقق لها بعض المزايا، فلو أجاز عصيان القانون لهذا
الاعتبار لسادت الفوضى، وأختل النظام الاجتماعي، وفقد القانون أهم عنصر
من عناصره وهو الالتزام، وصح المثل القائل أن الظلم أهون من الفوضى.
وفي التاريخ أمثلة تؤيد لنا اختلاف وجهات نظر الشعب الواحد إزاء القانون،
وأوضح هذه الأمثلة ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية بصدد إلغاء
الرق، فقد انقسمت الولايات الأمريكية بصدده منذ ثورة سنة 1787 إلى
مائتين، طائفة تحبذ الإبقاء على الرق وتدافع عنه، وطائفة أخرى تحبذ إلغاءه
وتنادي بمساوئه، وكان على رأس الأخيرين الرئيس أبراهام لنكولن الذي
نصح في سنة 1865 في إدخال مادة في الدستور الأمريكي تقضي بإلغاء
الرق، وقيل أن هذا كان من أسباب اغتيال هذا الرئيس في نفس السنة.
وأما مثل حديث في القوانين التي صدرت في أمريكا للقضاء على أبشع
مظاهر التفرقة العنصرية، وللمساواة في بعض الحقوق بين البيض والزنوج،
فعلى الرغم من أن هذه التشريعات تستجيب للمثل الخلقية العليا، فإنها لم
ترض الكثير من البيض ورأوا أنها غير عادلة.

وعلى العكس من ذلك رأينا تشريعا يصدر حديثا في إنجلترا نعتبره نحن
مقيا لأبسط مبادئ الأخلاق، وهو التشريع الذي أباح الشذوذ الجنسي مع
بعض الشروط، فلا شك أن هذا التشريع قد أثار السخط لدى الكثير من الإنجليز
محافظين على المثل الخلقية، وعلى الأخص لدى الأوساط الدينية.

فلو ساغ عصيان تشريع اعتبره البعض غير خلقي لسادت الفوضى في
أمريكا وإنجلترا على أثر صدور هذه التشريعات.

2 — بأن عصيان التشريع غير الخلقى أو مقاومته بالعنف لا يتصوران الا في المجتمعات البدائية أو في ظل الحكومات المستبدة، أما حيث يسود نظام الديمقراطية البرلماني، وحيث تمر التشريعات بمراحل عديدة حتى تصبح قوانين نافذة، فلا يعقل ان يترك الحكم على قانون بأنه عادل أو غير عادل لأفراد الشعب ما دام قد ووفق عليه من ممثليه الشرعيين.

3 — بأن كثيرا من الدول قد عمدت حديثا الى وضع نظام يكفل سلامة القانون واحترامه لمبادئ الأخلاق، وهو النظام الذي يجعل للقضاء سلطة رقابة دستورية القوانين. ففي ظل هذا النظام إذا صدر قانون رآه البعض منافيا للأخلاق التي تنص كل الدساتير على وجوب احترامها فإن له أن يتقدم الى هيئة قضائية عليا، سواء كانت محكمة مختصة فقط بالبحث في دستورية القوانين كما هي الحال في بعض الدول، أو كانت دائرة بالمحكمة العليا مختصة بذلك، والقضاء وحده هو الذي يقرر ما إذا كان القانون منافيا أو ملائما للأخلاق، لأن القضاء هو الحارس الأمين لأخلاق امته والساھر على حماية هذه الأخلاق من الانحراف.

ويقول السياسي الانكليزي هارولد لاسكي ان نظام الرجوع الى القضاء كفيل بتعطيل حق الأفراد في مقاومة القانون الذي يعتبرونه منافيا للعدالة.

13 — ونختتم هذا الحديث بأنا نعتقد أن المسئول الأول عن الانحراف بالقوانين عن الأهداف الخلقية هو النظام الرأسمالي البشع، الذي تميز بالاحتكار والجشع والشراسة، وبسيطرة طبقة مستغلة سخرت أداة التشريع لتحقيق مآربها، وضحت بكل القيم الروحية، وانغمست في المادية اللاهثة وراء الأرباح والثراء الفاحش.

ولذلك رأينا في أمريكا قوانين تحمي شركات الاحتكار (الترست) والشركات المنتجة لأسلحة الدمار، مضحية في سبيل ذلك بمبادئ

لأخلاق. ورأينا بلدا مسلما مثل ليبيا يسمح لنفسه في ظل النظام الرأسمالي
أن يرفع سعر الفوائد الاتفاقية 10% (المادة 1/230 مدني)، وهذه
سنة ربوية فاحشة، خففها القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي،
بحذفها هذه النسبة الى 7%، بينما استجاب القانون المدني الجزائري الى
مدى الأخلاق فحرم الفوائد بين الأفراد (المادة 454).

الشرعية الاسلامية

كمصدر للقانون في البلاد العربية

بسم الله الرحمن الرحيم

أيها الأخوة في العروبة والاسلام السلام عليكم ورحمة الله وبعد.
فلقد كان من العسير علي أن أختار موضوعا أسعد بالتحدث اليكم
من بين موضوعات القانون المدني الجافية المعقدة، المصبوغة بصبغة فنية
تجعلها غير صالحة للحديث عنها إلا في قاعات كليات الحقوق أو أمام المحاكم،
ولذلك كان القانون قديما مجموعة من الصيغ والطقوس يحتكرها الكهنة.
ومع ذلك فقد استخرت الله وتخيرت من بينها موضوعي هذا، معتقد انه
قد يكون شيقا، لأن الشريعة الاسلامية عزيزة علينا جميعا، ومحبة الى
هوسنا، وتكرار الحديث عنها لن يكون مملا، فها هو ذا القرآن الكريم يتلى
علينا صباح مساء منذ أربعة عشر قرنا، وأنا لنجد له في كل مرة سحرا
في نفوسنا، وطلاوة على اسماعنا، حتى لكأنما يتلى علينا لأول مرة.

وربما كان العنوان الذي اخترته لهذا الحديث قاصرا عن ان يحدد
تحديدا جامعا مانعا أبعاد الموضوع الذي استسمحكم التحدث فيه، فالواقع
هو أنني أود أن أتحدث عن الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر
القانون المدني نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني
لجزائري بقولها: «وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى
مبادئ الشريعة الاسلامية» والمقصود بالشريعة الاسلامية في موضوعي هذا
ليس الدين الاسلامي كله، وإنما المعاملات فيه، وقد فصل فقهاء الاسلام

منذ العصر الأول بين العبادات والمعاملات، أو بين ما سموه حق الله وحق العبد، وشملت المعاملات في الشريعة نواحي قانونية كثيرة، منها ما يتعلق بالقانون الجنائي، ومنها ما يتعلق بالقانون الدستوري ونظم الحكم، ومنها ما يتعلق بالقانون الدولي العام وأحكام الحرب والسلم، ومنها ما يتعلق بالمواد المدنية، وهي التي تدخل فقط في موضوعنا هذا، فلن أتعرض للشريعة الإسلامية إلا من الناحية المدنية التي هي من ضمن تخصصي، وبصرف النظر عن التقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الكثيرة.

وأود أن اتساءل معكم لماذا لا تكون الشريعة الإسلامية هي القانون المدني المطبق في البلاد العربية؟ أو بعبارة أخرى لماذا لا تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول للقانون المدني، بدلا من أن تكون هي المصدر الثاني بعد التشريع كما في القانون المدني الجزائري والليبي والسوري أو هي المصدر الثالث بعد التشريع وبعد العرف كما في القانون المدني المصري والعراقي؟

وتستلزم الإجابة على هذا التساؤل أن أبحث معكم مكانة هذه الشريعة بين الشرائع الأخرى، ومقارنتها من بعض النواحي على الأخص بالقانون الروماني الذي استمدت منه القوانين الغربية أحكامها، ورجعنا إليها نحن العرب في تقنين قواعدها المدنية بدلا من أن نرجع إلى شريعتنا الإسلامية.

ويقتضينا هذا البحث أن نرجع إلى بدء تكوين الشريعة، وأن نعرف مصادرها، وأن نتعقب تطورها من يوم تكوينها حتى عصرنا الحاضر، ثم نبحث عما إذا كان من المأمول أن تبعث من مرقدتها، وأن تصبح المصدر الأول لتشريعنا المدني كما كانت من قبل.

1 — أيها السادة — لكي نعرف كيف تكونت الشريعة الإسلامية ينبغي ألا تغيب منا حقيقة تاريخية وهي أن الإسلام هو الدين السماوي الوحيد الذي جاء للناس كافة، والذي تناول بالتنظيم أمور الدين والدنيا معا.

فقد كانت الديانة الموسوية مقصورة على بني اسرائيل، الذين اعتبروا أنفسهم شعب الله المختار، وكونوا من أنفسهم جماعة مغلقة، لا تختلط بغيرها، ولا تسمح لأجنبي بالدخول فيها، وقصروا شريعتهم على جماعتهم وحسب، حصوها بالسرية والتعقيد، وبينما ولدت المسيحية مستضعفة تحت سلطان الأمر ضورية الرومانية الرهيب، فاضطر المسيح عليه السلام، ان يجعل ما لقيصر تعبّر وما لله لله، وان يقول: ان مملكتي ليست في هذا العالم، وإلا يتعرض لمعاملات بين الناس، حتى لقد جاءه أخوان يتنازعان ميراثا بينهما يسألانه الرأي به. فصاح فيهما قائلاً «ومن ذا الذي نصبني قاضيا في هذه المسائل؟» وتخلّى عن حياة الأسرة، وعن القتال في سبيل نشر دعوته، إذا بالاسلام يأتي على يدي رجل تزوج، وعاش حياة عائلية مثالية، ولما كلف بالرسالة أمر بأن يبلغها للناس جميعاً. وبأن يجاهد في سبيل نشر الاسلام، وتناولت رسالته تنظيم أمور الدين والديار معاً، فقال القرآن «ولا تنس نصيبك من الدنيا» وجاء الأثر بهذه الحكمة العسفية البليغة «اعمل لدنياك كأنك تعيش أبداً، واعمل لآخرتك كأنك تموت غداً».

وقد جاهد الرسول، وقاتل في سبيل نشر التوحيد، وتنظيم المجتمع، ونشر الهدى، وقامت دعوته على أساس التفرقة بين العبادات والمعاملات. وتميزت العنصر الأولى من رسالته بالدعوة الى التوحيد، والقضاء على الوثنية، ونشر مكارم الأخلاق، وإقامة المجتمع على أسس انسانية عادلة. ولذلك كاد القسم الأكبر من القرآن، الذي نزل بمكة، وهو نحو 36/19 من مجموعها، يخلو من التشريع، وبدأ يروى الآيات التشريعية بالمدينة، ويمثل مجموعها 30/11 من القرآن، ومنها 70 آية في الأحوال الشخصية، و 70 آية أخرى في المعاملات، و 30 آية في المسائل الحربية، و 20 آية في القضاء وفي الشهادة. وقد وضعت هذه الآيات المبادئ العامة، والقواعد القانونية المطلقة، والأسس المجردة، وتولى الرسول عليه السلام تعبّر ما أجمل القرآن، وتخصيص ما أطلق، وتطبيق ما جرد. وتميز التشريع الاسلامي بعدم الحرج، فكتاب الله يقول «وما جعل عليكم في الدين من حرج» «لا يكف الله نفساً الا وسعها» «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر».

وتتميز كذلك بأنه تدرج في سن القواعد القانونية، فلم يشأ أن يرهق الناس بأحكام تغير حياتهم من أساسها دفعة واحدة، بل تدرج بهم خطوات لا طفرة فيها، ونسخ أحكاما بأحكام أخرى خير منها أو مثلها. كما تميز التشريع الاسلامي كذلك بأنه جعل الأصل في الأشياء الاباحة، والاستثناء هو ما حرم، فمرى القرآن يحصى بالعدد ما حرم على الناس ثم يقول «واحل لكم ما وراء ذلكم» ويقول «وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا».

وكانت السنة هي المصدر الثاني للشريعة الاسلامية، وكانت اما قولية، وهي ما نطق به الرسول، وأما فعلية، وهي ما فعله بقصد الاقتداء به، وأما تقريرية وهي ما أقره من أفعال الصحابة وأقوالهم بموافقة أو بسكوته.

وكان الرسول يجتهد برأيه، ويأمر بالاجتهاد، فيقول لمعاذ بن جبل وهو يبعثه الى اليمن «كيف تقضي إذا عرض عليك قضاء؟» فيجيبه: «أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيي ولا آلو» فيقول النبي «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»، ويحث القاضي على الاجتهاد بقوله: «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب، كان له أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ كان له أجر».

وما لحق الرسول بالرفيق الأعلى الا بعد أن كانت الشريعة الاسلامية تشريعا تام الأصول الكلية، مشتملا على كل القواعد العامة، والدليل على ذلك آية «اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي» ولم يستحدث بعد وفاة الرسول أي حكم الا مستمدا من أصل في الكتاب أو السنة بطريق الاستنباط والتفريع. ولم يثبت مطلقا أن أي اتصال فكري حدث أثناء حياة الرسول بين الجزيرة العربية والامبراطورية الرومانية، كما ان من نافلة القول أن نكرر أن محمدا كان أميا، لا يعرف القراءة ولا الكتابة، بله أية لغة أجنبية.

وفي عهد الخلفاء الراشدين، وعلى الرغم من انشغالهم بالفتوح، وبتوطيد دعائم الاسلام، وعلى الرغم من انقسام المسلمين عقب حرب على ومعاوية الى طائفة الخوارج، وطائفة الشريعة، وجمهور المسلمين، ظلت الشريعة تسير في تطورها القوي، وتزهو بشبابها الفتى، معتمدة على كتاب الله، وسنة رسوله، مستمدة عناصر تطورها من اجتهاد الخلفاء الراشدين وكبار الصحابة. فكان أبو بكر إذا أعياه الحكم في الكتاب أو في السنة يسأل الناس: هل علمتم ان رسول الله قضى فيه بقضاء؟ فان قالوا نعم قضى بمثل قضائه وكان عمر إذا أعياه الحكم في الكتاب أو في السنة يسأل الناس هل قضى فيه أبو بكر بقضاء؟ فان كان قضى فيه بحكم قضى بمثله، وهكذا كان يفعل عثمان وعلي. وكانوا يلجأون الى القياس على أصول الكتاب والسنة ويسمونهم الرأي، ويجتهدون في البحث عن الحكم برأيهم، وكان أبو بكر يجمع الناس ويستشيرهم، فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به، وكذلك كان يفعل عمر، ومن هنا نشأ الاجماع الذي اعتبر مصدرا من مصادر القانون في الشريعة الاسلامية، وهو مصدر خصب صالح حتى اليوم. وكان الخلفاء الراشدون يحثون على الاجتهاد، فيقول عمر لشریح بن الحارث الكندي، وقد ولاه قضاء الكوفة فمكث فيه ستين عاما «ان جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا تسأل عنه واحدا، وما لم يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه سنة رسوله، وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه برأيك» ويقول لواليه ابى موسى الأشعري «القضاء فريضة محكمة، أو سنة متبعة، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة. أعرف الأشياء والنظائر، وقس الأمور عند ذلك».

وكان عمر يطور قضاءه بحسب الظروف ويقول «ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي». ويرفع حد السرقة عن السارق في عام المجاعة. ولم يثبت — أيها السادة — ان كتابا أجنبيا واحدا ترجم الى العربية في هذا العهد. وقد ادعى بعض المغرضين ان العرب اتصلوا بالقانون الروماني في هذا العهد عن طريق المعهد الروماني ببيروت، وعن طريق الكتب القانونية

التي كانت بمكتبة الاسكندرية. مع ان الثابت تاريخا ان العرب حين فتحوا الشام في سنة 635م لم يكن المعهد الروماني موجودا ببيروت، بل كان قد قضى عليه على اثر زلزال هدم المدينة كلها في سنة 551م. ويقول المؤرخون ان الامبراطور جيسنتيان، الذي توفي سنة 565م، كان قد أغلق معاهد القانون في الامبراطورية الرومانية، ولم يبق منها الا هذا المعهد ومعهدين آخرين احدهما في روما والثاني في القسطنطينية. اما مكتبة الاسكندرية، فمن الغريب ان المستشرقين يزعمون ان عمر بن الخطاب كتب الى عمرو بن العاص واليه على مصر، يأمره بحرق ما فيها من كتب، بحجة انه إن كان فيها ما يوافق كتاب الله وسنة رسوله فان الكتاب والسنة يغنيان عما فيها، وان كان فيها ما يخالفهما فان حرقها يعتبر تقربا إلى الله. وعلى الرغم من أن المؤرخين المنصفين قد فندوا هذه الغرية، فانها ان دلت على شيء فانما تدل على أن هؤلاء المفترين يعترفون بان عمر كان يرى أن في كتاب الله وسنة رسوله ما يغني المسلمين عن الرجوع الى أي كتاب أجنبي، وفضلا عن ذلك فمن المشكوك فيه ان تكون مكتبة الاسكندرية قد اشتملت يومئذ على كتب في القانون الروماني، لأن مصر كانت محرومة من التمتع بهذا القانون الذي كان مقصورا على الرومان، ومحرمًا على الأجانب، ولو فرضنا جدلا انها كانت تشتمل على كتب في هذا القانون فمما لا ريب فيه مطلقا انها لم تترجم الى العربية حين فتح العرب مصر، ولم يكن فقهاء المسلمين يعرفون اللاتينية يومئذ.

2 — وفي عهد بني أمية استمر شباب الشريعة، واتسعت رقعة الدولة الاسلامية، وفتحت الأندلس. وقد اتسم هذا العهد بانقسام الفقه الى مدرستين: مدرسة أهل الحديث بالحجاز، ومدرسة أهل الرأي بالعراق. فكان أهل الحديث يقفون عند ظواهر النصوص، دون بحث في عللها، وقلما يفتون برأي أو يضعون مبادئ عامة يرجع اليها المجتهد، بل كانوا إذا لم يجدوا الحكم في نص من الكتاب أو السنة سكتوا ولم يفتوا، وقالوا أن شريعة الله أجل من أن تكون مجالا للرأي الذي قد يخطئ وقد يصيب.

وكان زعيم هذه المدرسة هو سعد ابن المسيب الخزومي أحد فحول الفقهاء. أما أهل الرأي فكانوا يرون أن شريعة الله معقولة المعاني، ولها مقاصد تجب رعايتها، وأصول يجب الرجوع إليها، ويجب الأخذ بالرأي الذي هو نتيجة عمل العقل والاجتهاد الصحيح حتى لا تجمد الشريعة. والأحكام الشرعية كلها شرعت لتحقيق مصالح معينة أو لدرء مفسد معروفة، فهي إذن مرتبطة بعقل وأوصاف معينة تقتضيها طردا وعكسا. وكان أهل الرأي يأخذون بالأحاديث متى وثقوا من صحتها، ولكن إذا رأوا فيها ما يخالف الأصول الثابتة عند هم عملوا بالأصل وسموه استحسانا. وكانوا كذلك يأخذون بالقياس على الأصل، المسمى اليوم بالقياس العادي *Analogia legis*، وكذلك بالقياس على المبادئ العامة، المعروف اليوم باسم الاستنباط أو القياس المبسوط *Analogia Juris* وسموه استحسانا كذلك. وكان زعيم هذه المدرسة هو ابراهيم بن يزيد النخعي الكوفي، فقيه العراق، وأستاذ حماد بن سليمان، أستاذ أبي حنيفة. وقبل ان تنتقل من هذا العهد يجدر بنا ان نشير الى بعض فحول الفقهاء، البارزين في عهد الخلفاء الراشدين وفي عهد الدولة الأموية.

فغير الخلفاء الراشدين كان يوجد:

بالمدينة: عبد الله بن عمر، زيد بن ثابت، أبي بن كعب، أبو موسى الأشعري، عبد الله بن مسعود. وقد برز في هذا العهد على الأخص الفقهاء السبعة المشهورون وهم:

- 1 — أبو بكر بن عبدالرحمن ابن الحارث.
- 2 — القاسم بن محمد.
- 3 — عروة بن الزبير بن العوام.
- 4 — سعيد ابن المسيب الخزومي زعيم أهل الحديث.
- 5 — سليمان بن يسار.

6 — خارجة بن زيد بن ثابت.

7 — عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود.

ولكل من هؤلاء الفقهاء السبعة شهرة بعيدة في الفقه والفهم وتاريخ حافل يستغرق الكلام فيه صفحات طويلة.

بمكة: عبد الله بن عباس، ومن أشهر تلاميذه مولاه عكرمة، وعطاء ابن رباح، ومجاهد بن جبر.

بالكوفة: علقمة بن قيس، مسروق بن الأجدع الهمداني، شريح بن الحارث الكندي القاضي، سعيد بن جبير الوالبي، الشعبي أبو عمرو الهمداني، حبيب بن أبي ثابت الكاهلي.

بمصر: عبد الله بن عمرو بن العاص وتلميذه يزيد بن حبيب.

بالشام: عبدالرحمن بن غنم الأشعري، أبو ادريس الخولاني، مكحول ابن مسلم الخدلي.

هؤلاء الفقهاء الأفاضل، الذين يستحق كل واحد منهم مجلدا ضخما عن تاريخه وعلمه وفقهه، هم الذين كانوا يؤصلون قواعد الشريعة الإسلامية في هذا العهد، معتمدين على مصدريها الأساسيين الكتاب والسنة، ومستعينين بالقياس والاجماع والاستحسان. ولم تخرج مصادر الشريعة يومئذ عن ذلك. ويقول المستشرق المجري جولد زيهير في كتابه «العقيدة والشريعة ص 25» عن هذه المرحلة ما يلي: «لقد بذلت جهود كبيرة خلال المرحلة الأولى من مراحل نمو الشريعة الإسلامية لكي يتبها للفقهاء أن يحتفظوا بحرية النظر، والاستعانة بالعقل والبصيرة النافذة في استنباط الأحكام الشرعية، ولكن لم يذهب فقيه واحد من فقهاء المسلمين الى القول بإنكار حق السنة، ممثلة في الأحاديث الصحيحة، في ان تكون المصدر الأول من مصادر استنباط الأحكام».

3 — وفي عهد الدولة العباسية التي قامت سنة 132هـ، ازدهرت الشريعة الاسلامية ووصلت الى أوج تطورها ونضوجها. ففي هذا العهد بلغت الدولة الاسلامية الفتية قمة العظمة، وعرفت عهدا من الحضارة والرفاهية صار حتى اليوم مضرب الأمثال، وترجمت يومئذ كتب كثيرة في العلوم والفلسفة اليونانية، والآداب الفارسية، ولكن لم يثبت مطلقا ان كتابا واحدا في القانون الروماني نقل يومئذ الى العربية. وكل ما اهتم به المسلمون حينئذ، واقبلوا عليه بنهم وشغف، انحصر في الفلسفة والعلوم والفنون والآداب، ولم يتجهوا قط الى ترجمة شيء من القانون الروماني، على الرغم من أنه كان قد انتهى في هذا العصر الى آخر مراحل تطوره بعد أن دونه جيستنيان في مدونات رسمية طبقا لآراء فقهاء الرومان الخمسة المشهورين: باينيان وأولبيان، وجايوس، وبول، ومورستان.

نعم يزعم المستشرق الايطالي كاروزي Carusi أن القواعد البيزنطية انتقلت الى الشريعة الاسلامية عن طريق ترجمة الكتاب المعروف باسم الكتاب السوري الروماني Livre Syro-Romain الى اللغة السريانية، وان هذا الكتاب كان تجميعا لقواعد القانون الروماني. ولكن الثابت هو:

أولا — ان هذا الكتاب لم يكن تجميعا لقواعد القانون الروماني، وانما لقواعد العرفية المعمول بها في الشام يومئذ.

ثانيا — ان الذي ترجم منه الى اللغة السريانية ثلاثة فصول فقط، وليس الكتاب كله، وقد أثبت المستشرق الايطالي نالينو ان هذه الترجمة تمت في أواخر القرن الثامن للميلاد، أي بعد ان تكونت الشريعة الاسلامية، وبعد ظهور مذاهب أبي حنيفة ومالك والشافعي.

ثالثا — ان العرب كانوا في ذلك الوقت الذي تمت فيه الترجمة الى سريانية يجهلون هذه اللغة، والكتاب المذكور لم ينقل الى العربية إلا في سنة 1100م. وقد رأى نالينو، على العكس مما زعم كاروزي: ان ترجمة هذا الكتاب الى السريانية هي التي تأثرت بالشريعة الاسلامية، أما الذي

لا ريب فيه حقا فهو ان العرب قد ترجموا في هذا العهد كثيرا من كتب الفلسفة اليونانية، واسخدموا منطق أرسطو في استنباط الأحكام، ولكن من مصادر الشريعة الأصلية وهي الكتاب والسنة.

وفي هذا العصر دونت السنة، وبدأ تمحيص الأحاديث، وتشرح روايتها، وتخرج الكثير منهم لأقل هفوة تنسب اليه، وأسفرت الجهود الجبارة التي بذلت في هذه السبيل عن وضع المسندات الستة المشهورة الموثوق بصحتها، وهي التي وضعها: البخاري، ومسلم، والترمذي، وأبو داود، وابن ماجه القزويني والنسائي، ولم يكن هؤلاء الستة هم وحدهم الذين استأثروا بتدوين السنة، بل دون غيرهم منها الكثير، ولكن لم ينالوا من الثقة والشهرة ما نال هؤلاء المحدثون الستة.

وفي هذا العصر ازدهرت الحضارة بالأندلس، فكانت هي الركن الوحيد المستنير في أوربا يومئذ، وظهر فيها فقهاء اجلاء، وفلاسفة وعلماء أفذاذ، كانوا هم حلقة الاتصال بين الشرق والغرب، فعرف الغرب الكثير من العلوم والفلسفة اليونانية عن طريق علماء العرب بالأندلس، الذين أضافوا الى ما تلقوا من الأغريق ثروة كبرى من علومهم وفلسفتهم، وأسهموا بقسط وافر في نشر النور في أوربا التي كانت تتخبط يومئذ في دياجير الظلمات، وترزح تحت عبء ثقل من الجهل والظلم اللذين سادا ابان العهد الاقطاعي والقرون الوسطى، ولقد كانت الشريعة الاسلامية هي القانون المطبق في الأندلس، كما كانت كذلك في كل رقعة الدولة العباسية المترامية الأطراف. وانه لجدير بنا ان نذكر من نسى، بآشارة عابرة الى المذاهب الأربعة الكبرى التي تكونت في هذا العهد، والتي اعتبر كل منها مدرسة زاخرة بالفقه، غنية بالفحول من أنصارها، حافلة بالحلول القانونية لمختلف المسائل.

أولا — مذهب أبي حنيفة، لمؤسسه ابي حنيفة النعمان، المولود سنة 661 م 80 هـ، والذي كان من أدق أهل عصره فهما، ومن أوسع الناس

علما وفقها، والذي كان ورعا، تقيا، بلغ من ورعه ان عرض عليه الخليفة الأموي مروان بن محمد قضاء الكوفة فرفض خشية الزلل، فضرب بالسياط لرفضه، فمأزاده الضرب إلا إباء.

وكان أبو حنيفة امام القائلين بالرأي وبالقياس والاستحسان، وكان يترك القياس من أجل الاستحسان ما دام فيه صالح الناس، ولا يأخذ بالقياس والاستحسان الا بعد الاجماع؛ أي أن مصادر القانون عنده كانت هي: الكتاب، ثم السنة، ثم الاجماع، ثم القياس، ثم الاستحسان. وكان يعتز برأيه فيقول: «اني آخذ بكتاب الله إذا وجدته، ثم بسنة رسوله، ثم آخذ بقول الصحابة من شئت وادع من شئت، فإذا وصل الأمر الى المجتهدين فأني اجتهد كما اجتهدوا.

ومن أشهر تلاميذه أبو يوسف يعقوب، الذي ولاه الرشيد وظيفة قاضي القضاة، وكان أول من تولاهما، وقد ألف للرشيد كتاب الخراج، أول كتاب عربي تعرض لأصول القانون المالي والاداري قبل ان يعرفها فقهاء الغرب بالف عام، وألف في مذهب أبي حنيفة كتاب الجوامع، الذي اشتمل على أربعين كتابا جمع فيها مسائل الفقه المختلفة والرأي المأخوذ به فيها.

ومن كبار تلاميذ أبي حنيفة محمد بن الحسن الشيباني، الذي ادرك أبا حنيفة في أواخر أيامه ثم واصل دراسة الفقه على أبي يوسف، ومن أشهر مؤلفاته الكثيرة كتاب الجامع الكبير، وكتاب الجامع الصغير المشتمل على أربعين كتابا في مسائل الفقه، وكتاب المبسوط المكون من 6 أجزاء ضخمة والمشتمل على آلاف المسائل، وكتاب السير الكبير الذي تعرض فيه لأحكام القانون الدولي العام في وقت الحرب قبل ان يعرفها جروسيوس، والملقب بأبي القانون الدولي العام، بأكثر من ثمانمائة سنة.

ولأبي حنيفة تلاميذ آخرون كثيرون يضيق المقام عن ذكرهم. ثانيا — المذهب المالكي، لمؤسسه مالك بن أنس فقيه المدينة، الذي عاش من 715م — 134 هـ الى 795 م 214 هـ، والذي لم يجلس للفتيا

الا بعد أن شهد سبعون عالما انه أهل لذلك. وهو مؤلف كتاب «الموطأ»
المعتبر حجة في الحديث وفي فقه مذهبه، وقد هم الرشيد ان يتخذة قانونا
رسميا للدولة فأبى مالك وقال «اختلاف أمة رسول الله رحمة». وكان مالك
رجلا وقورا، مهيبا، معتزا بكرامته، حتى طلب اليه الرشيد ان يأتي الى
حضرتة لسمع ولديه الأمين والمأمون، فأبى أن يذهب اليه وقال: «العلم
يؤتي ولا يأتي» فنزل الرشيد على رأيه وقال لولديه اذهبا الى المسجد لتسمعا
مع الناس، فقال مالك «بشرط الا يتخطيا رقاب الناس وان يجلسا حيث
ينتهي بهما المجلس» وكان له ما أراد. ولما ذهب الرشيد الى الحج طلب أن
يأتي اليه ومعه كتاب الموطأ، فأبى مالك أن يذهب اليه، فاضطر الرشيد
ان يذهب هو اليه وقال: «والله لا نسمع الا في بيتك».

ويقوم مذهب مالك على أساس الكتاب، ثم السنة، ثم الاجماع، ثم
القياس، ثم المصالح المرسلة، وكان يشترط للأخذ بالمصلحة المرسلة الا
تعارضها مصلحة أخرى، والا كان ترجيح احدي المصلحتين للاستحسان.

وكان مالك يعتز برأيه، وسعة علمه الى درجة انه كان يقول: «ليس
أحد الا يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله». ومن مشاهير تلامذة عبد
الله بن وهب القرشي فقيه مصر، الذي لقب بحق «ديوان العلم» ثم عبد
السلام التنوخي الملقب بسحنون، الذي نشر الفقه المالكي بكل شمال
افريقيا، وولى القضاء فيه دون مرتب، وكانت له في قضائه أحكام بلغت
ذروة الدقة واتسمت بسعة العلم، ثم أبو مروان عبدالمملك بن عبد العزيز،
الذي قيل عنه في الفقه انه «بحر لا تكدره الدلاء»، ثم عبد الله ابن عبدالحكم
المصري الذي ألف في الفقه المالكي المختصر الكبير، المشتمل على 13000
مسألة، والمختصر الأوسط، المشتمل على 4000 مسألة، والمختصر الصغير،
المشتمل على 1200 مسألة.

ثالثا — المذهب الشافعي، لمؤسسه أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي
القرشي، الذي لم يعيش أكثر من 54 عاما من سنة 731 م — 150 هـ

الى 785 م — 204هـ، والذي أخذ الفصاحة في الأدب من أهل البادية، وأخذ الفقه عن مالك ومسلم بن خالد، ووضع مذهبه القديم ببغداد، ثم انتقل الى مصر فظل بها حتى مات، وقد تأثر رأيه بالبيئة المصرية فوضع بمصر مذهبه الجديد، وعدل فيه عن كثير من آرائه السابقة، فكان من شجاعة الرأي بحيث عدل عما رآه غير ملائم للعصر والبيئة الجديدين، وطور فقهه طبقا للظروف؛ ومصادر القانون عنده هي الكتاب، ثم السنة ثم الاجماع، ولم يأخذ بالقياس الا على أصل في الكتاب أو السنة، ورفض الاستحسان والمصالح المرسله. وهو الذي شرح مذهبه بنفسه في كتبه: الرسالة الأصولية، الأم، اختلاف الحديث، والمسند وغيرها. ومن أشهر تلاميذه أحمد بن حنبل، مؤسس المذهب الحنبلي، وداود بن علي، مؤسس مذهب الظاهرية، وأبو العباس بن سريج، أول من فتح باب النظر، وعلم الناس الجدل، وله مناظرات شهيرة مع الظاهرية، وقد بلغت مؤلفاته 400، ثم الطبري، المؤلف المشهور، والفقيه العظيم الذي وضع الكثير من المصنفات في فقه الشافعي، ثم يوسف بن يحيى البويطي الذي اعتمده الشافعي للفتيا، وكان يحيل عليه المسائل، وقد استخلفه ليحل محله بعد موته، وهو الذي وضع في فقه الشافعي كتاب المختصر الكبير، وكتاب المختصر الصغير وكتاب الفرائض، وتوفي مسجونا ببغداد في فتنة خلق القرآن التي عذب فيها المأمون كثيرا من الفقهاء.

وللشافعي غير هؤلاء تلاميذ كثيرون مشهورون في الفقه لا يتسع المقام للحديث عنهم.

رابعا — المذهب الحنبلي لمؤسسه أحمد بن حنبل، المولود ببغداد سنة 164هـ — 745م، وهو تلميذ الشافعي، وقد قال عنه «خرجت من بغداد فما خلفت بها رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل» وهو من أهل الحديث، وقد ضرب بالسياط في فتنة خلق القرآن، ولم يزد التعذيب الا ثباتا على رأيه، وألف كتاب المسند في الحديث، وطاعة الرسول في الأصول، والناسخ والمنسوخ، وكتاب العلل. ويقوم مذهبه على أساس الكتاب، ثم السنة، ثم فتوى

الصحابي، ثم القياس، وكان يقدم الحديث ولو ضعيفا على القياس، وله تلاميذ كثيرون يضيق المقام عن ذكرهم.

هذه هي المذاهب الأربعة الكبرى، وإلى جانبها مذاهب كثيرة أخرى، أشهرها مذاهب الشيعة، وهي ترفض الأخذ بالقياس أو بالاجماع، لأن الأئمة عندهم معصومون، وهم وحدهم مرجع الأحكام. وقد اشتهر من الشيعة فقهاء اجلاء وضعوا الكثير من المصنفات في فقه الشيعة. وإلى جانب ذلك انتشر بالشام مذهب الأوزاعي، وعمل به في الأندلس بعض الوقت. واشتهر كذلك مذهب الظاهرية لمؤسسه أبي سلمان داود الظاهري، وأساس مذهبه العمل بظاهر الكتاب والسنة ثم بالاجماع ورفض القياس بتاتا، ومن مشاهير أتباعه ابن حزم. وهناك غير هذه المذاهب، مذاهب الخوارج ومذاهب المعتزلة، وغيرها من الفرق التي بلغ عددها ثلاثا وسبعين فرقة، تركت للشريعة الإسلامية ثروة فقهية ضخمة وكنوزا ثمينة لا تنفذ على مدى الدهر.

ولعل من الطريف أن نشير إلى بعض ما كان هؤلاء الفقهاء يختلفون فيه، مما يدل على جرأتهم، وتحررهم العقلي، وبعدهم عن التزمّت الذي أصيب به فقهاء الإسلام من بعد فكان سببا في ركود الفقه الإسلامي وتجمده. فقد اختلف رأي هؤلاء الفقهاء في هل يجوز نسخ أحكام القرآن بالسنة أو الاجماع، فاجازه أبو حنيفة ومالك والمعتزلة والاشاعرة ولم يجزه الشافعي، ويقول الغزالي «يجوز نسخ القرآن بالسنة ونسخ السنة بالقرآن، لأن الكل من عند الله عز وجل فما المانع منه؟» وأجاز ابن حزم نسخ القرآن بالاجماع، بشرط أن يكون منقولا عن الرسول. واتفق الجميع على أن النسخ لا يتناول مطلقا كل ما هو متعلق في القرآن بالاعتقاد أو بالاخلاق، وإنما يتناول فقط ما يتعلق بالمعاملات. وقال أبو يوسف: إن للعرف الجديد أن يخالف النص الشرعي على سبيل الاستحسان، بشرط أن يكون النص الشرعي مبنيا على العرف.

وهكذا كانوا يطورون أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لمصالح الناس، وهذا هو ما نتمنى أن يسير عليه فقهاؤنا اليوم؛ لقد وضع لنا هؤلاء الفقهاء العظام كل الوسائل لاستنباط الحلول القانونية، فالى جانب الكتاب والسنة وامكان القياس على ما فيهما من أصول، وضع الاجماع، وأريد به اتفاق المجتهدين من الأمة على رأي معين، ووضع الاستحسان، ومقتضاه العدول عن القياس الى حكم يتفق والمصلحة العامة ويدل عليه وجه الاستحسان، أي أن واقعة الاستحسان واقعة تعارض في حكمها دليلان، وعدل الباحث فيها عن أظهر الدليلين لسند استند اليه. ووضع الاستصلاح أو المصالح المرسلة، حين لا يوجد في واقعة نص ولا اجماع ولا قياس، وتكون فيها مصلحة عامة حقيقية، لا يتعارض تحقيقها مع نص شرعي، أولا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو على الغائها. ثم وضع الاستصحاب، وهو استبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي قائما في الحال حتى يوجد دليل يغيره، وقد بنوا عليه أن الأصل في الأشياء الاباحة، حتى ينص على تحريمها، وان الأصل في الانسان البراءة حتى يدان. وكانوا يلجأون في سبيل ايجاد حلول للمسائل القانونية الى كل ما يمكن أن تتفق عنه الحيلة العقلية حتى لا يقفوا مكتوفي الأيدي أمام الحاجات الانسانية المتطورة، والمشاكل المتجددة، وهكذا وضعوا، الى جانب الوسائل الفنية السابقة، الوسائل الآتية: العادات، الاستقراء، سد الذرائع، التحري، العرف، التعامل، العمل بالظاهر أو الأظهر، العمل بالأصل، معقول النص، شهادة القلب، تحكيم الحال، عموم البلوي، الأخذ بالأخف، قول ذوي العصمة الخ، كل هذه الوسائل الغنية كانوا يستندون اليها لاستنباط الحكم حتى لا يعجزوا عن الحل. والى جانب ذلك اجازوا الخيل في بعض المسائل القانونية، مثل التحايل لاسقاط الشفعة.

تلك هي الثروة الفقهية التي تجمعت في هذا العهد للشريعة الإسلامية، فهل كان الفقهاء يومئذ بحاجة إلى الرجوع الى شريعة أخرى؟ وهل صحيح ما زعمه البعض من أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت في تكوينها بالقانون الروماني؟

4 — يدعوني الى هذا التساؤل ما زعمه بعض المستشرقين من أن الشريعة الاسلامية قد نقلت كثيرا أو قليلا عن القانون الروماني، وهؤلاء المستشرقون المغرضون هم أمثال: دافيد سانتالانا، وكاروزي، الايطاليان، وهنري ما سيه Seignette و Darestè; Candefroy ولا مبير Demombyne الفرنسيون، والمستشرق المجري Goldziher بل أن المستشرق الانجليزي أموس غالي فقال «ان الشريعة الاسلامية ليست الا القانون الروماني معدلا وفق الأحوال السياسية للبلاد العربية» وحجة هؤلاء المستشرقين الوحيدة هي أن هناك تشابها كبيرا بين النظامين القانونيين، ويلاحظ أن ليس بين أولئك المستشرقين من فقهاء القانون الا الأستاذ لامبير، الذي لا يعد مستشرقاً حقاً، لأنه لم يكن يعرف اللغة العربية، وكل ما هنالك هو انه أقام بمصر فترة من الزمن، وكان ناظراً لمدرسة الحقوق قديماً. أما باقي المستشرقين فهم من أهل التاريخ أو الأدب، أو الفلسفة، ولذلك فليس لهم أن يتولوا الحكم في مسائل قانونية. ثم يلاحظ كذلك ان أحدا منهم لم يستطع أن يأتي بحكم واحد في الشريعة الاسلامية ليس له أصل فيها، أو يعتبر غريباً أو شاذاً بالنسبة الى أحكامها الأخرى. يضاف الى هذا ما أشرنا اليه من قبل من انه لم يترجم أي كتاب في القانون الروماني في عهد الدولة العباسية، الذي بلغت فيه الشريعة منتهى نضوجها، والذي تكونت فيه المذاهب الفقهية الكبرى، وبدئت فيه الترجمة. ولم يشر مؤرخو المسلمين الذين كتبوا عن حركة الترجمة في ذلك العهد، مثل ابن النديم، الى ترجمة أي كتاب في القانون. ولقد رأينا فيما سبق ان الكتاب الوحيد الذي عثر عليه المستشرقون هو الكتاب السوري الروماني الذي لم ينقل الى العربية الا في سنة 1100م أي بعد تكوين الشريعة بثلاثة قرون. ويلاحظ أخيراً أن مدونة جيسنتيان لم تنقل الى العربية الا منذ بضع سنين إذ قام بترجمتها المغفور له الأستاذ عبدالعزيز فهمي. ولا يستطيع أحد من المستشرقين المغرضين أن يزعم أن اماماً من أئمة الفقه الاسلامي كان يعرف اللاتينية حتى يستطيع أي يرجع الى القانون الروماني في مصادره الأصلية.

ومن الغريب ان هؤلاء المستشرقين يعترفون مع رجال القانون بأن هناك مبادئ أساسية، أزلية، هي مبادئ القانون الطبيعي المشتركة بين بني الانسان جميعا، لا تختلف باختلاف الأمم ولا تتغير بتغير العصور، وهي تلهم العقل الانساني في كل مكان وزمان فيستنير بهداها في وضع الأحكام القانونية. فإذا كان الفقهاء الخمسة الذين شيدوا صرح القانون الروماني قد استطاعوا ان يستنبروا بهذه المبادئ السرمدية فلماذا نستكثر على مئات الفقهاء المسلمين ان يكونوا هم الآخرون قد استطاعوا أن يستنبروا بمبادئ القانون الطبيعي في تشييد صرح الشريعة الاسلامية؟ أم أن فقهاء المسلمين خلقوا من طين غير الطين الذي خلق منه فقهاء الرومان؟

ثم هل يكفي أن يوجد تشابه بين نظامين قانونيين حتى يقال: ان أحدهما منقول عن الآخر؟ انا لو رجعنا الى المجموعة القانونية التي وضعها حمو رابي، مؤسس الامبراطورية البابلية، قبل الميلاد بتسعة عشر قرنا، والى قانون سولون، مشرع أثينا، الذي وضعه قبل الميلاد بستة قرون، والى قانون الألواح الأثني عشر، الذي وضع في روما حوالي ألف سنة ق.م. والى قوانين مانو الهندية، لوجدنا تشابها كبيرا بين المبادئ العامة فيها، مع أن الصلة مقطوعة بينها من غير شك، ثم أنا لو سلمنا جدلا بان هناك تشابها بين بعض القواعد في الشريعة وفي القانون الروماني، فانما يرجع ذلك الى أن المجتمعين اللذين وضعت لهما هذه القواعد قد وصلا الى درجة واحدة من النضوج، وتساويا مدنية، وحاجات، وعادات اجتماعية، وتلك ظاهرة عامة، سواء في الأدب، أو في الفلسفة، أو في العلوم، أو في غيرها من انتاج الفكر الانساني. ولقد اعترف بعض المستشرقين المغرضين بأن طريقة فقهاء المسلمين في استنباط الأحكام القانونية كانت تختلف عن طريقة فقهاء الرومان، وبأن الأولين وضعوا لهذه الطريقة علما خاصا سموه «أصول الفقه» والتزموا بقواعد خاصة في تفسير النصوص الشرعية، مسترشدين في ذلك باسباب نزول الحكم، وبالظروف التي نزل بمناسبتها، وبالغرض من الحكم.

5 — فلنصرف النظر إذن عن اتهامات المستشرقين المغرضين، ولننق بان الشريعة الاسلامية شريعة أصيلة تكونت ثروتها من انتاج فقهاءها ومن استخدامهم لعقولهم خير استخدام، ومن سيرهم على أسس منطقية استمدوها من أصول هذه الشريعة لا من أي مصدر آخر.

6 — ولقد شاء الله أن تصاب هذه الشريعة بطائفة من المتفقيين ظهوروا في القرن الرابع الهجري، تحجرت عقولهم، وضائق آفاق تفكيرهم، فأعلنوا ان باب الاجتهاد قد أغلق، وأرادوا بنا ان نقف عند القرن الرابع الهجري لا نتقدم خطوة الى الأمام، فأصبحت شريعتنا بالركود وظلت جامدة حتى قىض الله لها في العصر الحديث من أنصفها من الفقهاء ذوي العقول المتفتحة، فبعثها الله من مرقدتها واعترف الآن بفضلها حتى ألد أعدائها من المستشرقين، وسجلت مؤتمرات القانون المقارن أصالتها وصلاحياتها للتطور واعتبارها مصدرا خصباً للقانون، وأصبحت تدرس في جامعاتنا وتخصص لدراستها الرسائل العديدة والبحوث المستفيضة، وأخذت القوانين الوضعية في البلاد العربية تستمد منها الكثير من الأحكام.

وها هو ذا القانون المدني الجزائري الجديد قد اتخذها المصدر الثاني للقانون بعد التشريع، وحذا في ذلك حذو القانون المدني الليبي والقانون المدني السوري، بينما وضعها القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي في المكان الثالث بعد التشريع والعرف.

وفضلاً عن ذلك فقد اعتبرتها كل التشريعات العربية المصدر الوحيد للقانون بالنسبة الى الأحوال الشخصية للمسلمين، كما أن كل هذه التشريعات قد أخذت منها بمبدأ «لا تركة إلا بعد سداد الدين» فلا تنتقل تركة المورث الى الورثة الا بعد أن تسدد دنها ديون المتوفي، ولا يلتزم الورثة بهذه الديون، خلافا لما تقضي به القوانين الغربية على الأخص القانون الفرنسي في حالة قبول الورثة التركة دون تحفظ، الى جانب ذلك أخذت

التقنيات العربية الوضعية بأحكام كثيرة من الشريعة الإسلامية اقتصر منها على ذكر بعض الأمثلة التي أوردها القانون المدني الجزائري أسوة بالقوانين العربية الأخرى.

1 — نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي نظرية وضعتها الشريعة الإسلامية منذ ألف وأربعمائة عام ولم يعرفها القانون الروماني، ولا القوانين المستمدة منه، ولم يكتشفها الفقهاء الفرنسيون إلا في أواخر القرن الماضي.

2 — النزعة الموضوعية والأخذ بالارادة الظاهرة استقرارا للمعاملات بين الناس، وقد أخذت الشريعة الإسلامية بهذه النزعة منذ ميلادها، ولم تأخذ بها التشريعات المستمدة من القانون الروماني، مثل القانون المدني الفرنسي الذي يأخذ بالارادة الباطنة، مع أن التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني والإنجليزي قد قلدت الشريعة الإسلامية في هذه النزعة، ولذا فقد أخذ القانون المدني الجزائري باستمرار التعبير عن الارادة منتجا لآثاره القانونية على الرغم من موت صاحبه أو فقد أهليته (المادة 62)، وسادت فيه هذه النزعة في كل المعايير المادية التي وضعها مثل معيار الغبن ومعيار الغلط، والتدليس.

كما سادت هذه النزعة أيضا في مسؤولية عديم التمييز عن أعماله الضارة إذا لم يوجد من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض الضرر من المسئول عنه (المادة 2/125) ولم يعرف القانون المدني الفرنسي هذا الحكم، ولم يتقرر في التشريع الفرنسي إلا في سنة 1968. وبينما أخذت الشريعة الإسلامية بنظرية تحمل التبعة ووضعت مبدأ الغرم بالغنم من أول عهدها، ما زالت التشريعات الحديثة تتخبط حول هذه النظرية حتى الآن.

3 — نظرية الظروف الطارئة (المادة 3/107)، فيجوز تعديل شروط العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة، جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. فهذه مستمدة من

الشرعية الاسلامية التي أسندتها الى نظرية الضرورة. وقد قال الأستاذ أدوار لامبي ر في مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي سنة 1963 عن هذه النظرية ما يلي: «تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي، في جزم وشمول عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام وهي فكرة *Rebus sic Stantibus* التي تجيز تغيير الاتفاقيات الدولية إذا تغيرت الظروف». ولم يأخذ بها القانون المدني الفرنسي الذي ما زال متمسكا بأن العقد شرعية المتعاقدين ولا يجوز تعديل شروطه مهما تغيرت الظروف *Pacta sunt servanda* بل ما زال القضاء المدني في فرنسا يرفض الأخذ بهذه النظرية بينما أخذ بها قضاء مجلس الدولة هناك، كما أخذ بها القضاء الانجليزي والقضاء الأمريكي، ولقد ورد في كتاب الأشباه والنظائر كثير من المبادئ الفقهية التي تسود فيها نظرية الضرورة مثل قولهم: المشقة تجلب التيسير، لا ضرر ولا ضرار، الضرر يزال، الضرورات تبيح المحظورات الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

4 — الأخذ بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام، وقد أخذ بها فقهاء الشريعة الاسلامية واستمدوها من آية «قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم» وقد أورد القانون الجزائي أمثلة عديدة للالتزام بالارادة المنفردة مثل: الأيجاب الملزم (المادة 63) والوعد من جانب واحد (المادة 71)، والوعد بجائزة الموجه للجمهور (المادة 115) وعرض الحائز التطهير على الدائنين المرتنين (المادة 615 وما يليها) وإبراء الدائن المدين بإرادة منفردة (المادة 305) كمصدر للالتزام.

5 — جعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على عاتق البائع (المادة 369)، بينما القانون الفرنسي يضعها على عاتق المشتري، وحكم وضع تبعة الهلاك على كاهل البائع مستمد من الشريعة الاسلامية.

6 — خيار الرؤية في البيع (المادة 352) فهو حكم مأخوذ من الشريعة الاسلامية ولا يعرفه القانون الفرنسي.

7 — اعتبار بيع المريض مرض الموت في حكم الوصية (المادة 408) واعتبار كل تصرف يصدر منه على سبيل التبرع في حكم الوصية (المادة 776) وهذا حكم مأخوذ من الشريعة الاسلامية ولا تعرفه القوانين الغربية.

8 — التزامات الجوار (المادة 691) ومنها أحكام الحائط المشترك (المادة 704) فهي أحكام مستمدة من الشريعة الاسلامية وتختلف تماما عن أحكام القانون الفرنسي (م. ف 653 وما يليها).

9 — الأخذ بالشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية (المادة 694 وما يليها) والشفعة نظام مستمد من الشريعة الاسلامية ولم يأخذ به القانون الفرنسي الا في سنة 1945 إذ جعل للمزارع حق الشفعة في الأرض التي يزرعها إذا باعها مالكها لغيره.

10 — تقصير مدة التقادم الى 15 سنة بدلا من 30 في القانون الفرنسي، ومع أن الشريعة الاسلامية لا تجعل من التقادم سببا لكسب حق أو لسقوطه فهي تقول بعدم سماع الدعوى بمضي هذه المدة والنتيجة التي تترتب على عدم سماع الدعوى هي نفس النتيجة التي تترتب على التقادم.

11 — عدم انقضاء الايجار بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في انهاء (المادة 510) وهو حكم مستمد من الشريعة الاسلامية ولا يأخذ به القانون الفرنسي، وقد أخذت به التشريعات الحديثة مثل القانون الألماني (المادة 569) والسويسري (المادة 270) كما رأى الأخذ به مشروع القانون الفرنسي — الإيطالي (المادة 440).

12 — أحكام الملكية الشائعة (المادة 713 وما يليها) فهي مستمدة من الشريعة الاسلامية لا من القانون الفرنسي.

13 — جعل معيار الغبن في بيع العقار خمس ثمن المثل (المادة 358) وهو حكم مستمد من الشريعة الاسلامية، أما القانون الفرنسي فيرفع المعيار

الى 12/7، كما أن معيار الغبن في القسمة وهو الخمس (المادة 732 جزائري) مستمد من الشريعة الاسلامية، بينما القانون الفرنسي يجعله الربع (المادة 887).

14 — ولقد انفرد القانون الجزائري بتحريم الفوائد بين الأفراد (المادة 454)، مستجيبا لحكم الشريعة الاسلامية، كما حرم الرهان والقمار (المادة 612)، ولم يرتب أي التزام على عاتق الخاسر بدفع ماخسر، وإذا دفع ما خسر فله الحق في استرداد ما دفع لمدة (15) سنة لقيام الدفع على سبب غير مشروع.

15 — استمد القانون المدني الجزائري، كغيره من القوانين العربية، حوالة الدين من الشريعة الاسلامية (المادة 251 وما يليها)، بينما الشرائع الغربية المتأثرة بالقانون الروماني لم تأخذ بحوالة الدين وتعتبر الدين ملتصقا بشخص المدين لا ينفك عنه، في حين أن الشريعة الاسلامية اعتبرت الدين جزءا من ذمة المدين المالية، وهي الفكرة التي انتهى اليها المذهب الجرماني أخيرا.

16 — هذه هي أهم الأحكام التي استمدتها القوانين العربية من الشريعة الاسلامية مما يدل على سمو هذه الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان فعسى الله أن يوفق البلاد العربية كلها الى اعتبار هذه الشريعة المصدر الأول للقانون، وان تتحقق الوحدة بينهم من هذه الناحية.

مركز المرأة في الشريعة الاسلامية

وفي أهم الشرائع الأجنبية

1 — لقد حملني على الحديث في هذا الموضوع بالذات ما نعرفه جميعا من أن أشد نقد وأعنف هجوم وجهها الى الاسلام انما وجهها اليه من ناحية نظره للمرأة، ولم يقتصر هذا التجني على أعداء الاسلام من غير المسلمين في الخارج، بل امتد حتى شمل بعض المسلمين في الداخل، ولا سيما بعض المسلمات اللاتي تحسدن المرأة الغربية على ما أوتيت من حقوق وعلى ما نالت من حريات، وترين أن الشريعة الاسلامية ظلمتهن وهضمت حقوقهن.

وسرى من هذا الحديث أن الأمر يختلف عن ذلك تماما، وإن الشريعة الاسلامية على العكس من جميع الشرائع الأخرى، سماوية أو وضعية، قد حبت المرأة مركزا تحسد عليه، ليس فقط من المرأة غير المسلمة أبان نزول شريعتنا بل ومن المرأة الغربية التي تعيش في القرن العشرين.

2 — وفي مقارنتي بين مركز المرأة في شريعتنا وفي الشرائع الأخرى، كنت أود لو أتيح لي بأن تشمل هذه المقارنة معظم الشرائع الأجنبية قديمها وحديثها، غير أن مثل هذه المقارنة يتطلب عدة ساعات لا ساعة واحدة، ولذا فسوف أقصر بقدر الامكان على أهم الشرائع الأجنبية القديمة، وبالنسبة الى الشرائع الحديثة سوف اقتصر على القانون الفرنسي للأسباب الآتية:

أ — لأنه وضع عقب الثورة الفرنسية وانتصار المذهب الفردي
واعلان حقوق الانسان.

ب — ولأنه أول تقنين شامل لكل الأحكام وضع في الغرب.

ج — ولأن أكثر التشريعات التي صدرت من بعده حذت حذوه
أو على الأقل اقتبست الكثير من أحكامه.

د — ولأنه أول مصدر للقوانين المدنية في البلاد العربية.

هـ — ولأن المرأة الفرنسية، تعتبر — على الأقل في نظر نساءنا —
أكثر نساء الغرب حرية وأوسعهن حقوقا.

3 — والآن فلننظر ماذا كان مركز المرأة قبل نزول الشريعة
الاسلامية: لم تحصل المرأة قبل الاسلام على الشخصية القانونية التامة،
ولا على الأهلية الكاملة، بل لم تكن تعتبر قبل الاسلام انسانا كاملا، بل
كانت تعتبر شيئا يملك أو أداة لأنجاب النسل شائعة بين الرجال، ولذلك
عرف تعدد الأزواج للمرأة الواحدة، وكان الولد ينسب الى أمه لتعذر معرفة
من هو أبوه، وعرف اختطاف المرأة وزواج الشغار، وزواج المقت كما
سنرى.

وطبقا للشريعة البابلية التي وضعها حمورابي، كانت المرأة تعتبر
كالماشية مملوكة لصاحبها، وكان يجب على من قتل بنتا لرجل آخر ان يسلمه
ابنته بدلا منها ليقتلها أو يملكها. وكانت المرأة نفسها تسلم لأي رجل يطلبها
ليجربها فان شاء تزوجها وان شاء طردها وكان على المرأة أن تقدم المهر
الى زوجها، ولم تكن ترث في الشريعة البابلية.

وفي الهند كانت شريعة مانو تقضي بما يلي: «تخضع المرأة في طفولتها
لأبيها وفي شبابها لزوجها، وفي تأميمها لابنائها، فان لم يكن لها ابناء فلا هل

زوجها المتوفي ولا يجوز ان يترك أمرها لنفسها، وكان على الزوجة ان تموت يوم موت زوجها بأن تحرق نفسها معه على موقد واحد. ولم تعط هذه الشريعة للمرأة أي حق.

وتقول شريعة الهندوس، ليس المصير المحتوم ولا الريخ السموم، ولا الموت ولا الجحيم ولا الأفاعي بأسوأ من المرأة.

وكانت المرأة في الصين حبيسة البيت، ويقول المثل الصيني «اسمع لزوجتك ولا تصدقها» وكانت عند الفرس مجهولة القدر، وعند الروس محقورة، حتى قيل في المثل الروسي «لن تجد في كل عشر نسوة الا روحا واحدة».

أما عند اليونان فكانت المرأة معتبرة مخلوقا منحطا، لا تصلح لغير انجاب النسل، وخدمة المنزل، وكانت تعتبر نجسا ورجسا من عمل الشيطان، وكانت تباع وتشتري، وليست لها أهلية التصرف. وفي اسبرطة كانت المرأة إذا وضعت ولدا غير صالح للجندية تقتل وإذا كانت ولودا وجب أن تعار لغير زوجها لانجاب أولاد للوطن.

وحين ازدهرت الحضارة اليونانية لم تشتهر أية امرأة في عالم الفلسفة أو الفن أو العلوم ولم يرتفع شأن امرأة من غير طبقة الغانيات وفتيات اللهو والهوى، اللاتي كان لهن شأن عظيم في المجتمع اليوناني.

وكانت الزوجة تعزل في منزل بعيد عن منزل زوجها الذي يستقبل فيه اصدقاءه وندماءه ويقيم فيه ولأئمه.

وقد رشح افلاطون المرأة في مدينته الفاضلة لأن تكون ملكا مشاعا بين أفراد المجتمع، وأن تقتصر وظيفتها على إنجاب النسل لمن يختارها من الرجال، ومتى أنجبت ولدا وجب أن تسلمه الى الدولة لتتولى تربيته لحسابها، وأن تحرم من نعمة أمومتها. ونعي أرسطو في كتابه «السياسة» على مدينة أسبرطة

انها أعطت المرأة بعض الحرية ومنحتها بعض الحق في الميراث، واعتبر هذا سببا من أسباب سقوط هذه المدينة.

وظلت المرأة تباع عند اليونان حتى صدر قانون سولون سنة 594 ق.م فحرم على الأب بيع ابنته إلا إذا كانت قد ارتكبت فاحشة. ومع أن هذا القانون يعتبر تطورا تقدما في تاريخ التشريع اليوناني، فانه كان يحرم البنات من الميراث ويحصره بين الأبناء الذكور، فان لم يترك المورث أبناء ذكورا آلت ثركته الى أقرب العصبات على أن يتزوج من بنت المتوفى.

أما في القانون الروماني، الذي يعتبر أهم مصدر للقوانين الغربية فقد كانت المرأة مساوية للرقيق ومملوكة مثله لرب الأسرة Paterfamilias وكان للزوج على زوجته في الزواج بالسيادة Manus سلطان مطلق، فله عليها حق الحياة والموت. وكانت تعتبر من الأشخاص الذين أطلق عليهم القانون الروماني عبارة *alieni juris* أي الخاضعين لسلطان غيرهم، فليست لها ذمة مالية مستقلة، كما أن زوجها يملك ما حملته معها عند الزواج من أموال، وتصبح بزواجها قاصرا تخضع في كل تصرفاتها للزوج، وليس لها حق التقاضي الا بإذن زوجها وله الحق في ان يبيعها.

وكانت العلاقات غير الشرعية رسمية في هذا القانون، وسمى هذا النوع *le Concubinge* أما في الشريعة الموسوية فقد ورد في التوراة أن البنت تحرم من الميراث إذا وجد ولد ذكر، وإذا لم يوجد ولد ذكر وجب على البنت التي تتلقى الميراث أن تتزوج من رجل من بين أفراد الأسرة حتى لا يؤول الميراث الى أجنبي. وما زالت العادة تجري بين اليهود حتى الان على أن يتزوج الأخ زوجة أخيه المتوفى حتى لا يذهب ميراثه الى أجنبي، وعلى أن الزوجة التي لا تنجب ولدا ذكرا خلال عشر سنين من زواجها تعتبر زوجة غير صالحة لاستمرار الزوجية. وورد في أسفارهم ان المرأة أمر من الموت وان الصالح أمام الله ينجو منها.

وأما في الشريعة المسيحية فلسنا بحاجة الى الأسهاب في بحث مركز المرأة، وقد شاعت الرهبانية في هذه الشريعة، وتقوم الرهبانية على أساس كراهية المرأة واعتبار جسمها نجسا وخطيئة ملعونة بحيث يعتبر الابتعاد عنها حسنة مأثورة، وبحيث تعتبر اليد التي تلمسها نجسة لا تطهر ابدا.

وبهذا الصدد يذكر المؤرخون ان اجتماعا عقد للقساوسة بمدينة ماكون بفرنسا في القرن الخامس من الميلاد للبحث في كيان المرأة وقد احتدم النقاس بينهم حول طبيعتها، فقال فريق منهم ان المرأة جسم فقط بلا روح، وقال فريق آخر انها جسم ولكن تقمص روح شيطان، وتشكك رأي في آدميتها، ورأى البعض أنها حيوان نجس ورأى البعض الآخرون لها روحا ولكن ليست خالدة، ثم انعقد الرأي في نهاية هذا المؤتمر على أن المرأة جسم دون روح مع استثناء السيدة مريم.

أما عند العرب في الجاهلية، فقد كانت الأنثى عارا يانف منه الرجل، وكانت تعتبر شيئا يملك ويورث كما تملك الماشية وتورث، وشاعت عندهم عادة وأد البنت في طفولتها وفي ذلك نزلت آيات الكتاب الكريم: «وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم. يتوارى من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب، الأساء ما يحكمون» «وإذا المؤودة سئلت بأي ذنب قتلت» وكان الأب إذا أبقي على ابنته ولم يئدها يبيعها أو يرهنها في ديونه أو يكرهها على احترام البغاء.

وشاعت كذلك عادة خطف النساء، وكانت المرأة المخطوفة تسمى، النزيعه، أي التي انتزعت من أهلها كرها، وكانت تعتبر ملكا خالصا لخاطفها، أنه أن يتزوجها أو يزوجه غيرها أو يبيعها. وكان نظام تعدد الأزواج للمرأة الواحدة شائعا بينهم، ومن ذلك ما عرف بزواج (الأخذان) وهو ان يتزوج عدد من الرجال دون العشرة بامرأة واحدة، وإذا جاءت بولد فلها أن تنسبه الى أيهم شاءت. وعرف زواج (المقت) وهو الذي كان يقضى

بان يرث الابن الأكبر زوجة أبيه ويكون له أن يتزوجها أو يزوجه لغيره أو يمنعها من الزواج، وعرف زواج (الشغار) وهو الذي كانت تتبادل فيه المرأة بالمرأة كما تتبادل السلعة بالسلعة، وزواج المتعة، وهو الذي يعقد لأجل معين. أما تعدد الزوجات فكان مطلقا عندهم لا نهاية له. وغنى عن البيان ان المرأة كانت محرومة من الميراث عند العرب في الجاهلية، وليس لها أي حق ولا أهلية لها.

هكذا كان مركز المرأة قبل نزول الشريعة الاسلامية. فهل تغير مركز المرأة في الغرب بعد الاسلام؟

4 — ظل مركز المرأة في الغرب محقورا طوال القرون الوسطى التي كانت عصور ظلام دامس وجهل مطبق في الغرب، على الرغم مما قيل من ان الفروسية حملت الغربيين على احترام المرأة ومخاطبتها بعبارات التبجيل والانحناء أمامها، ولقد بالغ المؤلف الأسباني سرقانتيز في وصف هذا الاحترام في روايته الشهيرة دون كيشوت، مبالغة خيالية، والواقع ان هذا الاحترام لم يكن الا بالفاظ رنانة خاوية، خالية من المعنى المخلص، وهذه الانحناءات لم تكن الا حركات شكلية كحركات القردة غير صادرة عن عاطفة صادقة. والدليل على ذلك ما يرويه المؤرخون من أن عصر الفروسية كان عصر الحصان لا عصر المرأة ومن أن اهتمام الرجال كان منصرفا الى الخيل لا الى النساء، وكان أجمل تشبيه للمرأة الحسناء هو انها تشبه الجواد. وقد وردت في التاريخ قصص عن هذا العصر تكذب خيالات سرقانتيز وتدل على غلظة الرجال وفضاضتهم نحو المرأة، ومن ذلك ما ذكره جوستاف ليون في كتابه «حضارة العرب» من أن القيصر شارلمان، امبراطور أوربا الأكبر في أواخر القرن الثامن وأوائل القرن التاسع انقض على اخته خلال نقاش بينهما، فأخذ بشعرها، وضربها بقفازه الحديدي ضربا مبرحا حتى كسر ثلاثا من أسنانها، وما رواه بعض المؤرخين من ان الملكة بلاكش فلور، ذهبت الى زوجها الملك بينان Pepin تسأله المعونة لسكان منطقة اللورين، فإذا به

يستشيط غضبا لسؤالها ويلطمها على وجهها بجمع يده فيسقط الدم من أنفها، فما يكون منها الا أن تنحني أمامه شاكرة وتقول، ان كان هذا قد أرضاك فالطمني بيدك ان شئت لطمه أخرى(1).

فليس صحيحا إذن ان عصر الفروسية قد رفع من مكانة المرأة في الغرب، ولقد ظلت المرأة محرومة من الميراث في العهد الاقطاعي، وناقصة الأهلية، وقد تميز هذا العصر بأن أمير الأقطاعية كان يعتبر هو المالك لأرض الاقطاعية ولمن عليها من رجال ونساء، ولذلك فقد كانت هناك عادة شائعة يومئذ هي عادة الليلة الأولى، وبمقتضاها كان لأمير الاقطاعية الحق في أن يتمتع بالليلة الأولى مع أية زوجة تتزوج في اقطاعيته، وكانت المحاكم الكنسية تقضي في القرن الحادي عشر بان للزوج ان يعير زوجته لآخر لمدة يتفق عليها بينهما.

ويحدثنا التاريخ بأن البرلمان الانجليزي أصدر في سنة 1537 قرارا يحرم على المرأة قراءة سفر العهد الجديد لأنها نجس وهذا الكتاب مقدس، وبأن برلمان اسكوتلانده أصدر في سنة 1567 قرارا يقضي بان ليس للمرأة أن تمنح أية سلطة على أي شيء ولا أن تكون لها ولاية لا على نفسها ولا على غيرها، كما يحدثنا بأن امرأة بيعت في سوق بانجلترا في سنة 1790 بثمن قدره شلنان، وبأن تعليم المرأة ظل عارا تنأى عنه المرأة قبل الرجل، وبأن أول امرأة طبيبة في العالم الغربي وهي اليزابيث بلا كويل، التي كانت تتعلم الطب بجامعة جنيف منذ سنة 1849 كانت تقاطع من النساء المحيطة بها، وكن يأبين أن يتبادلن معها الكلام، ويدرن لها ظهورهن إذا مرت بهن، ويتحرزن من مساسها كأنها نجس.

(1) نقلا عن كتاب النقاد المرأة في القرآن وهو ينقل هذا عن كتاب التاريخ الموجز للنساء ص 117.

ولقد اجتهد بعض الرجال في أمريكا في القرن الماضي فأقاموا معهدا بمدينة فلادلفيا لتعليم النساء الطب، فقررت جماعة الأطباء في هذه المدينة مقاطعة كل طبيب يقبل التدريس في هذا المعهد وتحريم استشارته.

وقد ظلت المرأة محرومة من الميراث في إنجلترا حتى اليوم، إذ ينحصر الأرث في الابن الأكبر. كما أنها ظلت ناقصة الأهلية واقعة تحت وصاية زوجها في القانون الفرنسي حتى 1938، وسنرى أنها ما زالت على الرغم من التعديل الجديد في هذا القانون أقل حرية وأضيق حقوقا من المرأة المسلمة كما وضعتها الشريعة الإسلامية منذ حوالي أربعة عشر قرنا.

5 — والآن فلننظر ماذا كان مركز المرأة في شريعتنا الإسلامية، وكيف نظرت هذه الشريعة الى المرأة منذ وضعت في القرن السادس من الميلاد:

لم يكتف الإسلام بأن يحرم وأد البنات، وبأن يرد الى الأنثى اعتبارها وآدميتها، وبأن ينفي عن المرأة وصمة النجاسة، وبأن يحرم إكراه الفتيات على البغاء، وبأن يعتبر المرأة شخصا قانونيا كاملا مساويا للرجل فيما له من حقوق وما عليه من واجبات «ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف» وبأن يعتبرها هي والرجل من أصل واحد ومن نفس واحدة، وبأن يمنحها أهلية الأداء الكاملة، بل زاد على كل ذلك فترفق بالمرأة، وأمر الرجل بحسن معاملتها باعتبارها إنسانا ضعيفا، وأمر الزوج بان يعاشر زوجته بالحسنى، وبألا يتبرم بها حتى لو كرهها «فان كرهتهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا» وكرر كتاب الله في كثير جدا من آياته كما كررت السنة في كثير من الأحاديث، ذكر المساواة بين الذكر والأنثى في العمل الصالح، وفي الأجر عليه، وفي اعتبار العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة، ولذلك فلم يكن غريبا ان تصبح السيدة عائشة خزانة للعلم، وراوية للسنة، ومعلمة في مجال الدين ولم يكن غريبا ان تشترك المرأة المسلمة في ميدان الجهاد

باعثة في نفوس الرجال الحماس، ومضمدة جراح المحاربين، وان تبرز المرأة المسلمة في ميدان الآداب لقد رد الاسلام الى المرأة انسانيتها المحجودة واعتبر روحها كروح الرجل، وجعل للنساء نصيبا مما اكتسبن كما أن للرجال نصيبا مما اكتسبوا، ومنح المرأة نصيبا في الميراث، وإذا كان قد جعل حظ الذكر مثل حظ الأنثيين، فلانه نظر في ذلك الى أن الرجل هو المسئول الوحيد عن الانفاق على الأسرة، ولم يضع على عاتق المرأة أية نفقة. وبهذا الصدد يلاحظ ان التقاليد الغربية تقضى بان البنت متى بلغت سن الزواج وجب عليها ان تعمل لتعول نفسها مما تكسب من عملها، وكم رأينا من فتيات تعملن بالمصانع تضنين جسامهن الضعيفة، وتستيقظن قبل الشروق، وتهرعن إلى العمل دون ان تتناولن طعاما، جاريات تحت المطر والبرد القاسي، حتى تتمكن من الحصول على ما يطالهن به أبائهن من مال مقابل معيشتهن وسكناهن، هذا بينما جرت تقاليدنا الاسلامية العريقة على أن تظل البنت تعيش على عاتق ذويها حتى تتزوج مهما بلغت من العمر. وفي حديث عن النبي ﷺ «ما من مسلم يكون له ثلاث بنات فينفق عليهن حتى يبلغن أو يمتن الاكن له حجابا من النار، فقالت له امرأة و بنتان، فقال أو بنتان».

ولم يكتف الاسلام بان يعتبر المرأة مساوية للرجل فيما لها من الحقوق وما عليها من الواجبات، بل أشاد بحسن معاملة المرأة، ففي حديث عن النبي ﷺ «من خرج الى سوق من أسواق المسلمين فاشتري شيئا فحمله الى بيته فخص به الاناث دون الذكور نظر الله اليه، ومن نظر الله اليه لم يعذبه» وفي حديث آخر يقول «من حمل طرفة من السوق الى عياله فكأنما حمل اليهم صدقة حتى يضعها فيهم، وليبدأ بالاناث قبل الذكور، فإنه من فرح أنثى فكأنما بكى من خشية الله، ومن بكى من خشية الله حرم بدنه من النار» ويقول في حديث آخر «من كانت له ثلاث بنات أو أخوات فصبر على لأوائهن وضرائهن أدخله الله الجنة بفضل رحمته أياهن. فقال له رجل: واثنان يا رسول الله؟ فقال واثنان فقال رجل آخر وواحدة؟ فقال: وواحدة» ويقول أنس بن مالك كان رسول الله ﷺ أرحم الناس بالنساء والصبيان».

وفي حديث له يقول: «ما أكرم النساء الا كريم، ولا أهانهن إلا لئيم». وجاء قيس شيخ قبيلة بن تميم يوما الى محمد ﷺ فوجده يضع إحدى بناته على ركبتيه فقال له، «من هذه الشاة التي تشمها؟ فأجاب «ابنتي فقال قيس» وآله كانت لي بنات كثيرة فوأدتهم من غير أن أشم واحدة منهن فقال النبي ﷺ مشمئزا وبل لك يظهران آله نزع الرحمة من قلبك فلا تعرف أطيب النعم التي من آله بها على الانسان. وكرم الاسلام المرأة كأم فأمر بالاحسان اليها كالوالد على حد سواء، فقال تعالى «وقضى ربك ألا تعبدوا إلا آياه وبالوالدين احسانا اما يبلغن عند الكبير احدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما. واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا» وهكذا يقرن آله عبادته بالاحسان للوالدين، بل انه ليأمر بمعاملتهم بالمعروف حتى لو جاهدا ابنهما على الشرك بالله، مع ان آله لا يغفر أن يشرك به، فيقول تعالى: «وان جاهدك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا» ويقرن شكر الوالدين بشكره فيقول: «ان أشكر لي ولوالديك» وينوه بفضل الأم، فيقول: «ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها» ويقول في آية أخرى «حملته أمه وهنا على وهن» والآيات والأحاديث في فضل الأم كثيرة لا يتسع المقام لسردها، ويكفي ما ورد عن رسول الله ﷺ حين سأله رجل «من أحق بحسن صحابتي؟ فقال: أمك، فسأله: ثم من؟ فقال أمك، فسأله، ثم من؟ فقال أمك، فسأله مرة رابعة: ثم من؟ فقال أبوك» وأكرم الاسلام المرأة كزوجة اقصى ما يمكن أن يصل اليه التكريم، فجعلها من نفس الزوج، وجزءا منه يسكن اليه وترتاح نفسه، فقال تعالى: «ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة» وأمر بأن يعاشر الزوج زوجته بالمعروف أو يسرحها باحسان، وبالا يتسرع في تسريحها إذا ما كرهها: فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا

كثيراً، وبالا ينظر إليها شزراً ان كانت فقيرة فان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله، وبالا يسترد منها بعد انتهاء الزوجية ما سبق ان أهدها لها ولو كان قنطاراً من المال.

ويقول الغزالي في أحياء علوم الدين: ان على الزوج أن يحتمل الأذى من زوجته لقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف» ولقوله تعالى: «وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً» ولأنه تعالى أوصى خيراً بالجار الجنب «والصاحب بالجنب» وقيل إن المراد بالصاحب بالجنب الزوجة. وقد كان آخر ما أوصى به رسول الله ﷺ في حجة الوداع ان قال: الله الله في النساء فانهن عوان في أيديكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ويروى الغزالي حديثاً عن رسول الله ﷺ يقول فيه «من صبر على سوء خلق امرأته أعطاه الله من الأجر ما أعطى أيوب على بلائه» ويضيف الغزالي قائلاً: ليس حسن الخلق مع الزوجة هو كف الأذى عنها، بل احتمال الأذى منها والحلم عند طيشها وغضبها، ويروي أن زوجات رسول الله ﷺ كن تراجعنه الكلام، وتهجره الواحدة منهن يوماً الى الليل، وأن إحدى النساء دفعت رسول الله ﷺ في صدره فزجرتها أمها، فقال لها الرسول ﷺ دعيها فانهن يصنعن أكثر من ذلك، ويقول أن السيدة عائشة غضبت مرة فقالت للنبي ﷺ أنت الذي تزعم أنك نبي الله؟ فابتسم واحتمل ذلك حلماً وكرماً. وكان يقول لها، إني لأعرف غضبك من رضاك فقالت «وكيف تعرف ذلك؟ فقال» إذا رضيت قلت لا وآله محمد وإذا غضبت قلت لا وآله ابراهيم فقالت: «صدقت انما أهجر اسمك».

وكان عمر بن الخطاب على ما هو معروف عنه من خشونته يقول: «ينبغي للرجل أن يكون في أهله مثل الصبي» وقد فسر قول الله «عتل بعد ذلك زنيم» بأن العتل هو الغليظ القلب على أهله. وقد كان رسول الله ﷺ يمزح مع نسائه، وكان يسابق السيدة عائشة في العدو، وقد ورد الأثر بأنه كان من أفكه الناس مع نسائه ويقول ﷺ أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً،

والطفهم بأهله» ويقول: «خير كم خير كم لنسائه، وأنا خير كم لنسائي» ويقول: دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة. ودينار تصدقت به على مسكين ودينار أنفقته على أهلك أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك» ومن أرق ما روى عنه ﷺ: «ان الرجل ليؤجر في اللقمة يرفعها الى في امرأته» وليس هناك أرق ولا ألطف من قوله ﷺ معلما الزوج حين يأتي زوجته: «لا يقعن أحدكم على امرأته كما تقع البهيمة» وليكن بينهما رسول «فسئل وما الرسول؟ فاجاب» القبله والكلام ويختم الغزالي بقوله: ان من المستحب للزوج الا يستأثر على أهله بما كول طيب فلا يطعمها منه، ولا ينبغي ان يصف عندها طعاما ليس يريد اطعامها أياه، وإذا أكل فليكن أهله معه على مائدته.

تلك نظرة عامة على مكانة المرأة في الشريعة الاسلامية.

6 — والان فلنقارن بين ما منحته شريعتنا للمرأة من حقوق وما منحته أياها الشرائع الغربية وخصوصا الشريعة الفرنسية مع ملاحظة ان الوقت لا يسمح لي بان ألم بكل نواحي المقارنة ولذا فسأقتصر على أهمها:

أ — الخطبة إذا قدم الخطيب لخطيبته هدايا ثم فسخت الخطبة فيرى أغلب الفقهاء انها هبة ليس للرجل ان يستردها، ولو كانت الأشياء التي أهداها أياها ما زالت باقية على حالها عندها، بل ولو كانت المخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة. وهذا بخلاف تعويض الضرر لمن أصابه ضرر من العدول في الرأي الراجح عملا بحديث «لا ضرر ولا ضرار» أما في القانون الفرنسي فتقضي المادة 1088 مدني ببطالان هذه الهدايا بعد فسخ الخطبة ووجوب ردها.

ب — الزواج تميزت الشريعة الاسلامية بتوسيع نطاق من يحرم الزواج بهن للقرابة، لما لوحظ من ضعف النسل الناتج من الزواج بين ذوي القرى، بينما يجيز القانون الفرنسي بإذن من رئيس الدولة الزواج من بعض القرىبات اللاتي حرمت الشريعة الاسلامية الزواج بهن ولا سيما ابنة الأخ وابنة

الأخت والعمة، وقد كانت الشريعة المصرية القديمة والشريعة اليونانية والشريعة اليابانية تميز للأخ ان يتزوج باخته. كما ان الشريعة الاسلامية انفردت بتحريم الزواج بسبب الرضاع كما هو محرم بسبب النسب لأن الموضع تدخل في جسم من ترضعه أجزاء من دمها فيصبح كأنه جزء منها. ولا تعرف الشرائع الغريبة هذا التحريم.

وكذلك انفردت الشريعة الاسلامية بتكريم المرأة في اشتراط ان يكون الزوج كقألها لا العكس، فليس كل رجل كفاً لكل امرأة، ولكن أي امرأة كفء لكل رجل مهما علت مكانته. وللمرأة أو لأوليائها الحق في فسخ عقد الزوج إذا تبين أن الزوج غير كفء لها. بينما لو غررت الزوجة بالزوج وادعت لنفسها كفاءة ظهر فيما بعد أنها لا تتوافر لها، فليس للزوج الحق في فسخ عقد الزواج، وتعطي الشريعة الاسلامية الحق للفتاة البالغ في تزويج نفسها، فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف ان لها كامل الولاية في شأن زواجها ما دامت عاقلة وما دامت تتزوج بكفء، وليس لأحد عليها ولاية اجبارها على الزواج، مع ملاحظة ان الفتاة تعتبر بالغاً في الشريعة الاسلامية متى حاضت، ويقول الحنفية ان الزواج ينعقد بعبارة المرأة، وان لها الحق في ان تبشر العقد بنفسها، وإذا رفض وليها أن تتزوج بكفء فلها أن ترفع الأمر الى القاضي لتزويجها، وإذا زوج الفتاة وليها بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر وكانت صغيرة ثم بلغت، فلها أن تجيز العقد أو تفسخه، ولو كانت قد رضيت به قبل البلوغ. وبهذه المناسبة يحدثنا التاريخ أن فتاة مسلمة زوجها أبوها من ابن أخيه دون أن يعبأ برأيها فيه، فعز عليها ان تعتبر كمية مهملة في شأن حياتها الزوجية ولكنها لم تجرؤ على مراجعة أبيها في ذلك كما جرت عليه تقاليد العرب، ففكرت في ان تلجأ الى رسول الله ﷺ وعرضت عليه شكواها قائلة: يا رسول الله زوجني أبي لابن أخيه ليرفع بن خسيسته، وأنا لهذا كارهة، فأرسل النبي يطلب أباها وواجهه بشكواها وجعل أمر زواجها اليها أن شاءت قبلته وان شاءت

رفضته، فقالت الفتاة وقد سعدت باحترام رأيها وبإثبات شخصيتها، لقد أجزت ما صنع أبي غير أنني أردت أن أعرف هل للنساء في الإسلام من الأمر شيء؟».

هذا بينما يشترط القانون الفرنسي موافقة الولي على زواج الفتاة التي تقل سنّها عن 15 سنة، ويعتبر حق الولي في الموافقة أو الرفض حقاً مطلقاً لا سبيل إلى الطعن فيه بالتعسف، بحيث لو رفض موافقته، فليس للفتاة أن ترفع الأمر إلى المحكمة. وزواجها بدون موافقة الولي باطل ويعاقب الموظف الذي عقده بعقوبة جنائية.

ج — المهر: توجب الشريعة الإسلامية أن يمهر الرجل زوجته، والمهر نحله خالصه للزوجة، وللبالغ العاقلة حق قبضه، ولها أن تحط من قدره، ولا يجوز للولي أن يحط من قدره. وهو حق خالص للزوجة، وليست ملزمة بأن تشتري به جهازاً في غير رأي المالكية، وليس للزوج أن يلزمها بذلك، وعليه هو أعداد المنزل، لقوله تعالى «اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» وللمهر حد أدنى لقوله عليه السلام «التمس ولو خاتماً من حديد» وليس له حد أعلى، وإن كانت المغالاة في المهور غير مستحبة، وقد كان عمر بن الخطاب يكرر النداء بعدم المغالاة في المهور اقتداءً بالنبي ﷺ الذي لم يمهر أية زوجة من زوجاته بأكثر من خمسين درهماً أو ما يساوي اليوم أقل من عشرة دنانير، وقد كاد عمر يضع حداً أعلى للمهر لولا أن تصدت له امرأة قائلة أن هذا يخالف قوله تعالى «وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن أحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وثامناً مينا» فقال: «أخطأ عمر وأصاب امرأة» ولقد جرت التقاليد الإسلامية على أن يقدم الخطيب لخطيبته شبكة وهدايا بعد تسمية المهر، وهي تعتبر من قبيل الهبة لا جزءاً من المهر، وإذا زعم الخطيب أنها جزء من المهر دون دليل فالقول في ذلك للخطيبة يمينها. أما في الغرب فقد جرت التقاليد على أن تقدم المرأة المهر إلى الرجل وهو ما يسمونه «بالدوطه» ويعتمد الكثير من

الشبان هناك على الدوطة لبدء حياتهم العملية. ولذلك فبينما ترجع أزومات قلة الزواج عندنا الى عدم قدرة الكثير من الشبان على دفع ما يطلب من مهر، فان أزومات قلة الزواج في الغرب ترجع الى عدم توافر الدوطة لدى الكثير من الفتيات مما يحملهن على ارتكاب أشنع الموبقات في سبيل الحصول عليها، وكم سمعنا عن فتيات عاشرن شيوخا أو قتلن آباءهن في سبيل الحصول على (الدوطة) والزواج بمن أحبين.

د — أهلية الزوجة: لا تغير الزوجية من أهلية المرأة طبقا لشريعتنا، بل تبقى لها أهليتها بعد الزواج كما كانت قبله، إذ ليس من المعقول ان تكون أهلا للتصرف وأهلا للتقاضي وهي فتاة، ثم تنقلب الى قاصر بعد زواجها. أما القوانين الغربية فقد ورثت حكم القانون الروماني الذي كان يضع الزوجة تحت وصاية زوجها ويعتبرها قاصرا ليست لها أهلية التصرف ولا أهلية التقاضي. ومع أن القانون المدني الفرنسي وضع عقب الثورة الفرنسية التي قامت على أساس المذهب الفردي الذي أبرز شخصية الانسان ذكرا أو أنثى، وعقب اعلان حقوق الانسان الذي جعل للانسان حقوقا طبيعية سواء كان ذكرا أو أنثى، فإنه قد نظر الى المرأة نظرتة الى الصبي الصغير والمجنون. وقد كان لنا بوليون أثر كبير في هذه النظرة وهو الذي قال لزملائه من واضعي القانون المدني، إن الطبيعة قد جعلت من الزوجة أمة للزوج، أن للزوج الحق في أن يقول لزوجته: سيدتي، لن تبرحي المنزل، سيدتي، لن تذهبي الى المسرح، سيدتي، أمنعك من رؤية فلان أو فلان ومعنى ذلك هو: سيدتي، انك ملكي جسما وروحا، تأثر القانون المدني الفرنسي بهذه الروح فاعتبر الزوجة قاصرا تحت وصاية الزوج، فلم يعطها أهلية التصرف ولا أهلية التقاضي دون إذن زوجها، بل وحرمها من الحق في إن تلتزم بعوض أو بغير عوض دون إذن زوجها، ومن الأحراف بأية حرفة الا بإذن زوجها وقد بح صوت المرأة في فرنسا، وناضلت الجمعيات النسائية هناك منذ سنة 1804 مطالبة بتحرير الزوجة من سلطة الزوج المطلقة، ولم

يستجيب المشرع الفرنسي لهذه الأصوات الملحة الا بعد أكثر من قرن وثلاث قرن من الزمان، فأصدر قانونين في سنتي 1938 — 1942 ألغى بمقتضاهما السلطة الزوجية الغاء نظريا في كثير من النواحي، أما في الواقع فمازالت أهلية الزوجة محدودة، وما زال الزوج رئيس الأسرة ومن حقه ان يعارض في احتراف زوجته أية حرفة، وقد ظلت المادة 223 مدني فرنسي تقضي بأن للزوج الحق في مراقبة احتراف زوجته، وفي معارضة احترافها بحرفة مستقلة عن حرفته، وفي معارضة احترافها التجاره، حتى سنة 1985 وعلى الرغم من أن التعديل الجديد منح الزوجة الحق في ان تلتزم، فإنه جعل لدائنها الحق في مطالبتها بتوقيع زوجها على سند الالتزام الى جانب توقيعها، مما يدل على عدم تمام الثقة بأهليتها للالتزام.

هـ — الاسم — طبقا لشريعتنا ولتقاليدنا الاسلامية لا يتغير اسم المرأة بزواجها بل تظل معتزة بحمل لقب أسرتها ونسبها الذي يعتبر جزءا من شخصيتها منذ كانت فتاة، بينما يجري العرف الذي يقوم مقام القانون في الغرب على أن تفقد الزوجة لقب أسرتها، وعلى أن تحمل لقب أسرة زوجها طالما بقيت زوجته، وعلى أن تفقده بطلاقها منه. وهكذا يتغير اسم المرأة كلما تزوجت بزواج جديد وقد يتغير عدة مرات وتترتب على ذلك تعقيدات ومشاكل قانونية كثيرة.

و — النظام المالي: تظل الزوجة طبقا للشرعة الاسلامية سيدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملك قبل الزواج ولكل ما يؤول اليها بعده من مال منقول أو عقار، ولها مطلق الحرية في ادارته والتصرف فيه كما تشاء دون تدخل من الزوج، ولا تسأل عما يتعاقد عليه الزوج من ديون، وليس عليها ان تساهم في أعباء المعيشة ولا في مصاريف تربية الأبناء من أموالها الخاصة إذ الزوج هو المسئول الوحيد عن ذلك كما سترى.

أما في الغرب فكل التشريعات تقرن الزواج بعقد مالي ينظم أمور الزوجين المالية، وذلك لأن الزوجة هناك مسئولة كما سترى — عن المساهمة

في تحمل أعباء المعيشة وتربية الأبناء وديون الزوج. وقد ورثت القوانين الغربية النظام المالي عن القانون الروماني الذي كان يقرر نظام (الدوطة) كنظام قانوني بين الزوجين، وأشهر هذه النظم المالية التي كان يأخذ بها القانون الفرنسي حتى سنة 1985، أربعة نشير إليها إشارة موجزة فيما يلي:

أولا — نظام الاشتراك القانوني — وهو الذي يسرى إذا لم يختار الزوجان أحد النظم الثلاثة التالية: ويترتب عليه أن يمتلك الزوج نصف أموال زوجته عند الزواج ونصف ما يؤول إليها بعده، وتسأل كل أموالها عن ديونها.

ثانيا — نظام عدم الاشتراك — وبمقتضاه لا تكون هناك أموال مشتركة بين الزوجين ولكن تكون للزوج إدارة أموال زوجته وتحصيل ريعها والصرف منه على المنزل.

ثالثا — نظام الدوطة — وبمقتضاه كانت تحمل الزوجة الى زوجها أموالا تعينه بها على تحمل أعباء المعيشة، وإذا كانت منقولا فيكون له أن يستعملها ويتصرف فيها وإذا كانت عقارا فله أن يستغلها ويستثمرها دون التصرف فيها (وقد ألغي في سنة 1985).

رابعا — نظام الانفصال المالي — وبمقتضاه تستقل الزوجة بمالها وتديره على أن تساهم في نفقات المعيشة وفي مصاريف تربية الأبناء. وفي النظم الثلاثة الأولى يعتبر الزوج هو رئيس الأسرة والمدير الوحيد للأموال. ز — نفقات المعيشة وتربية الأولاد: طبقا للشرعية الإسلامية على الزوج وحده نفقة معيشة زوجته وسكنها وكسوتها وكذلك نفقات تربية الأولاد، وليس له أن يطالب الزوجة بالمساهمة فيها مهما كانت ثرية، ولو كانت تحترف حرفة تكتسب منها مادام زوجها قد وافق على احترافها. وللزوجة ان ترفع أمر زوجها الممتنع عن النفقة الى القضاء، وان تطلب منه الاستدانة على حسابه، وان تطلب التفريق لذلك. وإذا كان الزوج غائبا وله مال ظاهر حكم القاضي للزوجة بالنفقة من هذا المال، وان لم يكن له مال ظاهر قضى لها بالاستدانة على حسابه.

وإذا كان الزوج قادرا على النفقة وامتنع عنها حبسه، وإذا كان له مال ظاهر نفذ عليه. ولا تسقط النفقة المتجمدة الا بالأداء أو الإبراء، ولا تسقط مطلقا بالتقادم.

أما في القانون الفرنسي وفي أغلب التشريعات الغربية فعلى الزوجة ان تساهم في تكاليف المعيشة، وفي مصلوف تربية الأبناء، سواء كانت موسرة أو معسرة، وبصرف النظر عما إذا كان الزوج موسرا أو معسرا، بل ان القانون الفرنسي يحمل الزوجة الموسرة بكل النفقة حتى على زوجها أن كان معسرا ولو كانا يعيشان منفصلين، ولذلك نجد المرأة في الغرب تضطر الى العمل، وكثيرا ما تقوم بأعمال شاقة لا تتفق مطلقا وطبيعتها كأثني.

وطبقا للشريعة الاسلامية، على عكس الشرائع الغربية، ليس على الزوجة ان تقوم بخدمة المنزل من كنس وتنظيف وطهي، بل على الزوج أن يجعل لها خادما ان كانت ممن يخدم في بيوتهن وكان هو قادرا على ذلك، وإلا فعليه أن يخدمها بنفسه ولا تجبر الزوجة على خدمة البيت ولو كانت من طبقة تجيز هذه الخدمة، لأن إعداد البيت من واجب الزوج.

ح — الهبات بين الزوجين: بينما تقضي الشريعة الاسلامية بعدم جواز الرجوع في الهبة التي تتم بين الزوجين لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة، مما يترتب عليه أنه يمتنع على الزوج أن يطالب باسترداد ما قدمه لزوجته أثناء الزوجية من هبات وهدايا، ولقوله: «وأتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهئانا وإثما مبينا» فان القانون الفرنسي يجيز للزوج استرداد هذه الهبات بعد انتهاء الزوجية سواء كانت صريحة أو مستثرة أو بشكل تأمين على الحياة لصالح الزوجة (المادة 1096).

ط — نسب الولد: من حسنات الشريعة الاسلامية انها تطيل أقصى مدة الحمل حتى تجنب المرأة عار انجاب طفل غير شرعي وتجنب الطفل

مذلة الضياع. وقد اختلف فقهاء الشريعة في تحديد أقصى مدة الحمل، ورأى مالك أنها خمس سنين، ورأى الشافعي أنها أربع سنين، بينما يقضي القانون الفرنسي بأنها ثلثائة يوم. فطبقا لرأي مالك إذا وضعت المرأة المتوفي عنها زوجها أو المطلقة طفلا أثناء خمس سنين كان الطفل شرعيا، بينما يكون غير شرعي في القانون الفرنسي إذا ولدته لأكثر من 300 يوم، وناهيك بما في ذلك من عار على المرأة وضياع للوداد.

ي — الحضانة — تجعل الشريعة الاسلامية للأم الحق في حضانة طفلها، فان كان ذكرا فإلى سبع سنين ويجوز أن تمتد الى تسع، وان كانت أنثى فإلى تسع سنين وقد تمتد الى احدى عشرة. ويجوز أن تؤجر الأم على حضانة أطفالها بعد انتهاء الزوجية. أما في القانون الفرنسي فحضانة الصغير للأب أثناء قيام الزوجية ولمن حكم بالطلاق لصالحه من الزوجين، ويجوز أن تحكم المحكمة بالحضانة للأب ولو كان هو المخطيء في الطلاق، كما يجوز أن تحكم بالحضانة لغير الوالدين، متى كان ذلك في مصلحة الطفل.

ك — الميراث — من أسمى ما تكرم به الشريعة الاسلامية المرأة كزوجة انها تجعل لها الحق في الميراث في ملكية زوجها كما لو كانت من دمه، وتمنحها فريضة الوبع ان لم يكن له ولد أو الثمن أن كان له ولد، ودون أن يحجبها عن الميراث أي وارث من آباءه أو أبنائه أو اخوته. بينما تقضي أكثر التشريعات الغربية باعتبارها أجنبية عن أهل زوجها فتحرمها من الميراث في ملكية الرقبة وتقصره على ميراث حق الانتفاع.

ل — الطلاق — من أعنف ما هو جمت به الشريعة الاسلامية اباحة الطلاق وجعله بيد الرجل.

فأما عن اباحته فمن التجني الصارخ على هذه الشريعة أن تتهم بانفرادها باباحته جميع التشريعات سماوية أو وضعية اباحت الطلاق باستثناء بعض دول أمريكا اللاتينية.

وقد اباحت الشريعة الموسوية الطلاق وكانت قاسية على المرأة المطلقة فحرمت عليها الرجوع الى الزوج المطلق إذا تزوجت ثانية وطلقت أو مات عنها الزوج الثاني واعتبرتها نجسة بالزواج الثاني.

وتستنج اجازة الطلاق في المسيحية من نص ورد في انجيل متى يقول أن السيد المسيح سئل عن الطلاق فأجاب «قيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق، أما انا فأقول لكم أن من طلق امرأته الا لعل الزنى يجعلها تزني، ومن يتزوج مطلقة فانه يزني» وفي هذا الحكم الأخير قسوة شديدة على المرأة المطلقة إذا قارناه بما في الشريعة الاسلامية التي تحبذ زواج المطلقة. وقد تزوج النبي ﷺ بالمطلقة. وما تزال الكنيسة الكاثوليكية تحرم الطلاق بينما تبيحه الكنيسة الارلودوكسية لكثير من الأسباب، وقد أخذت الأولى بالانفصال الجسمي بدلا من الطلاق وهو اسوأ منه.

وأما عن جعل الطلاق بيد الرجل فلم يكن بد منه، لأن الرجل هو الذي يطلب المرأة للزواج ويختارها وقد يخدع في اختياره ولأن الرجل يتميز بصفة عامة بان عقله يتغلب على عاطفته بينما تسود العاطفة لدى المرأة وتلك ميزة تلائم طبيعتها كأم أو زوجة، ولما كان الطلاق أمرا خطيرا وهدما للأسرة التي هي الخلية الأولى للمجتمع، فقد لزم ان يترك للعقل وللتروي والا يخضع للعاطفة التي قد تثور لاتفه الأمور. وقد لوحظ ان المرأة حين تفوض في الطلاق تسيء إستعماله. ومع ان الشريعة الاسلامية تجعل الطلاق للزوج فقد أباحت أن تفوض فيه الزوجة كما اجازت لها أن تطلب من القاضي تطليقها في كثير من الحالات.

ثم ان هذه الشريعة لم تبح للزوج الطلاق اباحة مطلقة من كل شرط وقيد. فالأصل فيها ان عقد الزواج مؤبد ويبطل توقيته، وهي تحرم زواج المتعة الذي كان قد أجاز استثناء في بعض الغزوات. ثم ان كثيرا من الفقهاء يرون أن الأصل في الطلاق الحظر، وانه لا يباح الا استثناء للضرورة،

وأدلتهم على ذلك كثيرة نجتزئ منها بما روى من قول النبي ﷺ «لعن الله كل ذواق مطلق» ومن قوله «أبغض المباحات الى الله الطلاق» زمن قوله «لا تطلقوا النساء إلا لرية» ويحيط الفقهاء الطلاق بالقيود الآتية:

1 — ان يكون الزوج بالغاً عاقلاً، فلا طلاق لغير المميز ولا للمجمون. ولا طلاق بواسطة وكيل.

2 — أن يكون المطلق مختاراً وأن يقصد الطلاق، للحديث «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ويرى الأئمة الثلاثة غير أبي حنيفة عدم وقوع طلاق السكران ولو سكر مختاراً، بينما يشترط الحنفية ألا يكون قد سكر مختاراً.

3 — وان يطلق طلاقاً سنياً. وهم يشترطون في الطلاق السني الشروط الآتية الى جانب الضرورة الملحة:

أولاً — أن يكون بطلقة واحدة.
ثانياً — أن تكون الطلقة رجعية حتى تسهل الرجعة متى هدأت النفوس.

ثالثاً — ان تكون في طهر لم يمسه فيها لأنها أن كانت أثناء حيض فربما كان الدافع اليها هو حال المرأة الحائض التي قد تدعو الى النفور منها. ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية ان الطلاق أثناء الحيض إثم وأنه لا يقع، وأما اشتراط ان يكون في طهر لم يمسه فيها فلكيلا تطول عدتها بحمل ربما يقع خلال الطهر، ولكي يتأكد نفوره منها وقد كان يستطيع أن يمسه.

رابعاً — ان تكون وسيلة التحكيم قد استعملت بان يكون حكم من أهله وحكم من أهلها قد حاولا إصلاح ما بينهما ولم يوفقا، إذ يكون الشقاق بينهما قد وصل حينئذ الى درجة يستحيل معها استمرار الحياة

الزوجية ويكون من الخير لكل منهما أن يبحث عن زوجية أخرى لعلها تكون موفقه.

ومع كل هذه القيود فقد جرى قضاء بعض المحاكم في مصر على الحكم بالتعويض ضد من يسيء استعمال حق الطلاق، استنادا الى نظرية التعسف في استعمال الحق التي عرفتھا الشريعة قبل القوانين الحديثة بأكثر من ألف سنة. تلك هي القيود التي تحيط بها الشريعة الاسلامية الطلاق، فإذا كان يساء استعماله فلا يرجع ذلك الى عيب في هذه الشريعة انما يرجع الى عيب في أنفسنا، وطالما سمعنا عن اساءة استعمال الطلاق في امريكا مع انه موكول للقضاء ومحدد الأسباب. وإذا رجعنا الى الشرائع الغربية وجدنا ان القانون الروماني كان يبيح الطلاق بدون الرجوع الى القضاء وبإرادة الزوج المنفردة.

وقد أخذ القانون الفرنسي عنه اباحة الطلاق، كما أباحته الأغلبية الكبرى من التشريعات الغربية. غير أن القانون الفرنسي تأثر فيما بعد بما سارت عليه الكنيسة الكاثوليكية من تحريم الطلاق واجازة الانفصال الجسمي فالغي الطلاق في سنة 1816، ثم اعاد اباحته في سنة 1884، وما يزال مباحا فيه حتى اليوم الى جانب الانفصال الجسمي الذي تصر عليه وحده الكنيسة، ويترتب على هذا الازدواج ان من تطلق مدنيا وتزوج ثانية لا تعترف الكنيسة بطلاقها ولا بزواجها الثاني، وتعتبر أولادها منه غير شرعيين. وإذا كان القانون الفرنسي وغيره من القوانين الغربية يحدد أسباب الطلاق بأربعة أسباب ويكل الحكم فيه الى القضاء، فانا نجد من بين هذه الأسباب سببين مرنين مرونة واسعة وهما القسوة وسوء المعاملة. والاهانة الجسمية، فقد تساهل فيهما القضاء الى درجة أنه يكتفي في ذلك بخطاب صوري يسب فيه أحد الزوجين الآخر بل وفي الطلاق للزنى «كثيرا ما يكتفي بزنى صوري يفتعله الزوجان، وهكذا أصبح أمر الطلاق بيد الزوجين، ويدل الاحصاء على أن القضاء يقبل 91% من دعاوي الطلاق،

وعلى أن 10% من الزوجات تنتهي بالطلاق، أما الانفصال الجسدي الذي تأخذ به الكنيسة وتأخذ به فرنسا وإيطاليا وإسبانيا وغيرها فهو أسوأ بكثير من الطلاق، إذ هو يضع الزوجين في وضع معلق فلاهما متزوجان ولا هما مطلقان، فيضطر كل منهما أن يتخذ رفيقا غير شرعي. وإذا كانت الحياة الزوجية قد استحالت فمن الخير إنهاؤها لا تركها معلقة بلا أمل.

وإذا قارنا بين شريعتنا وبين الشرائع الأجنبية في الطلاق وجدنا أن شريعتنا تتميز بالميزات الآتية:

أولا — تنفرد بالطلاق الرجعي، وتيسر الرجعة فيه أوسع تيسير بحيث تعتبر الطلاق الرجعي كسحابة صيف تمر بسماء الحياة الزوجية حيناً ثم ما تلبث أن تنقشع وتصفو سماءها. وقد تحدث الأزمة مرة ثانية، فتعطي الشريعة للزوجين فرصة ثانية للندم والعودة، فإذا نشبت الأزمة مرة ثالثة، دل ذلك على أن الحياة الزوجية غير موفقة، وأن من الخير إنهاؤها. بينما يعتبر الطلاق في التشريعات الغربية إنهاء باتاً للزوجية، بل أن القانون الفرنسي كان يحرم عودة الزوجية من جديد بين الزوجين المطلقين ولم يبلغ ذلك إلا في سنة 1930.

ثانياً — تحيط شريعتنا الطلاق بالقيود السابق ذكرها، وهي قيود لا تعرفها الشرائع الأجنبية.

ثالثاً — تيسر شريعتنا زواج المطلقة، فلا تعتبرها زانية كما تقول الكنيسة ولا نجسة بالزواج الثاني كما تقول الشريعة الموسوية.

بل أن شريعتنا تنهي عن منع المطلقة من الزواج، فتقول الآية «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن».

وفي سبيل تيسير زواجها ثانية تقصر عدتها من الطلاق فتجعلها ثلاثة قروءا وثلاثة أشهر بينما يجعلها القانون الفرنسي 300 يوم.

وقد رأينا ان شريعتنا تكره ان يحدث الطلاق في طهر مست الزوجة فيه حتى لا يخشى ان تطول عدتها بوضع حمل ربما يحدث، بل ان بعض الفقهاء يرى عدم وقوع الطلاق خلال طهر مست فيه.

رابعا — تعطي شريعتنا للمطلقة حق النفقة طوال العدة. بل وفي أجرة الحضانة والرضاع، بل تطلب من المطلق ان يقدم لمطلقته هدية تخفيفا لأذى الطلاق وحتى يكون الطلاق تسريحا باحسان، يستوي في ذلك أن يكون طلاقا رجعيا أو بائنا في الرأي الراجح بل ولو كان بخطأ من الزوجة لا يعتبر معصية، بينما تقضي التشريعات الغربية بالنفقة على من يحكم بالتطليق ضده، وقد تكون الزوجة، وهذا هو الغالب، لأن أكثر أحكام القضاء بالتطليق تصدر ضد الزوجة.

خامسا — يرى فقهاء شريعتنا ان الطلاق يجب أن يظل سرا بين الزوجين لا ينبغي افشاؤه حتي لا تجرح كرامة المطلقة، في حين أن التطليق في الغرب يصدر بحكم قضائي توافرت له كل سبل العلانية، ويجب شهره في السجلات الرسمية وفي ذلك تشهير بالمطلقة.

م — تعدد الزوجات: وأخيرا هوجمت شريعتنا بأنها أباحت تعدد الزوجات. ومن التجني أن تتهم شريعتنا بأنها هي التي أباحتها، بل الحق هو أنها حدثت من التعدد وقيدته. فقد كان التعدد الى مالا نهاية شائعا عند العرب في الجاهلية، وعند الفراعنة، وعند الفرس. وقد ورد في أخبار العهد القديم انه كان لداود ولسليمان عدد عديد من النساء، وقد أباح التلمود والتوراة التعدد على اطلاقه. وكذلك كانت الشريعة البابلية تبيحه. أما المسيحية فلم يرد بها نص صريح بمنعه، وانما ورد عن القديس بولس أنه يستحسن لرجل الدين المنقطع عن الدنيا أن يكتفي بواحدة. وقد ظل التعدد مباحا في العالم المسيحي حتى القرن السادس عشر، وكان لشارلمان زوجتان، ولفردريك الثاني ملك بروسيا اثنتان، وقد أقر مارتن لوثر عقد الزواج على اثنتين. وفي سنة 1531 نادى بعض الطوائف المسيحية في مونستر صراحة

بان المسيحي الحق يجب أن تكون له عدة زوجات. وعقب حرب الثلاثين واصلح وستفاليا في سنة 1650 أصدر مجلس القساوسة الفرنكيين بنورمبرج قرارا بالجمع بين زوجتين. وخلال القرن الماضي تكونت في امريكا طائفة المورمون المسيحية التي أنشأت لها مستعمرة وكنيسة بجوار كاليفورنيا، ونادت بأن تعدد الزوجات نظام إلهي مقدس. وقد دافع الفقيه العظيم جروسيوس عن مبدأ التعدد، وبعد الحرب العالمية الثانية تكونت في ألمانيا جمعيات نسوية طالبت السلطات هناك بإباحة التعدد، ونادت الفتيات الألمانيات بان نصف رجل أو ثلثه أو ربعه خير من لا شيء. ويتكهن بعض الكتاب الغربيين بان تشريعات الغرب سوف تنتهي في يوم ما الى إباحة التعدد إزاء أزمات النقص المطرد في عدد الرجال بالنسبة الى النساء وقلة النسل وانتشار العلاقات غير الشرعية وكثرة الأولاد غير الشرعيين.

ومهما يكن من شيء فان الملاحظ عمليا هو أن الرجل الذي يبحث عن امرأة أخرى رجل غير عادي، أي أن له ظروفًا استثنائية تدفعه الى ذلك، ومثل هذا الرجل موجود في كل زمان ومكان، وليس في البلاد الإسلامية وحدها، وهو إذا لم يستطع أن يجعل من هذه المرأة الأخرى زوجة شرعية سوف يضطر الى اتخاذها رفيقة غير شرعية، وانه لمن الخير للمجتمع، وللمرأة وللأولاد أن تكون المرأة الأخرى شرعية وعلنية بدلا من أن تكون خليعة سرية غير شرعية كما هي الحال اليوم في البلاد الغربية، حيث تكثر الروابط غير الشرعية بشكل مريع، ويتزايد باطراد تعداد الأولاد غير الشرعيين.

أما من ناحية الشريعة الإسلامية، فقد وضعت حدا للتعدد بعد أن كان مطلقا، وقيدته بقيود تكاد تجعله اليوم شبه مستحيل. فهي تشترط لتعدد الى جانب الحاجة الملحة اليه:

أولا — فإذا خاف الرجل عجزه استطاعته تحقيق العدل بين زوجاته، فعليه أن يحجم عن الزواج بأخرى، ومنذا الذي يستطيع اليوم تحقيق

العدل بين امرأتين؟ لذلك فبعد ان ورد في آية التعدد قوله تعالى: «فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة، أضافت آية أخرى قوله تعالى، وهو العليم الخبير بطبيعة الرجل «ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم».

ثانياً — القدرة على النفقة — فيشترط ان يكون الرجل قادرا على أن ينفق على الزوجة أو الزوجات الأخرى، بكل ما تشمله النفقة من معيشة وسكن وملبس، ومنذا الذي يستطيع اليوم، وغلاء المعيشة مطرد في الصعود، وحاجات المرأة تتزايد في عصرنا الحديث، أن يزعم انه قادر على تلبية كل مطالب امرأة واحدة بله أكثر من واحدة؟ الى جانب ذلك يرى بعض فقهاء شريعتنا ان للزوجة ان تشترط على زوجها في عقد الزواج الا يتزوج عليها وإذا هي لم تشترط مثل هذا الشرط وتزوج زوجها باخرى فلها ان تطلب التفريق للضرر. أما المرأة الأخرى التي تقبل الزواج من رجل متزوج فلا تلو من إلا نفسها. أي أنه ليس للمرأة المسلمة ان تشكو من اباحة التعدد في حين انها تستطيع تجنبه.

والواقع هو ان الأحصاء يدل على ندرة التعدد اليوم، إذ لم تزد نسبته في مصر سنة 1958 عن 4% ودلت الاحصاءات التالية على اطراد تناقصه، وكانت نسبة المتزوجين بأكثر من واحدة في طرابلس حسب احصاء سنة 1964 2/1 2% وبمدينة بنغازي 3%، وأؤكد أن هذه النسب تقل كثيرا عن نسبة من يعاشرون في الغرب أكثر من واحدة، فلا داعي إذن لأن تكون مسألة التعدد مثار نقد للشريعة الاسلامية. ولقد حرمت بعض البلاد الاسلامية التعدد، مثل تونس، وعندي ان التحريم البات يكره النعديوي الى ما نراه في الغرب من انتشار العلاقات غير الشرعية، لأن هناك كما قلنا، ظروفًا استثنائية تضطر بعض الرجال الى البحث عن امرأة أخرى، ثم أن أحب شيء الى الانسان ما منع، وخير من التحريم البات، ما نودي به مرارا من ضرورة مراقبة الدولة للتعدد، حتى لا يساء استعمال الاباحة الشرعية، ولا سيما انه قد لوحظ ان التعدد لا ينتشر إلا في الطبقات التي تجهل القيود

الشرعية. وفي نهاية هذا الحديث الموجز، أعتقد انا نستطيع أن نقول لمن يتجني على الشريعة الاسلامية من ناحية نظرتها للمرأة.

انك اما خادع أو مخدوع، وان نقول للمرأة المسلمة: ليس لك إلا أن تغطي نفسك على نعمة الاسلام، ولا يجب أن تحسد المرأة الغربية فهي أولى بالثراء لها، وإذا كان لك ان تلومي، فوجهي لومك لا الى الشريعة الاسلامية، ولكن الى من يسيئون تطبيقها.

مركز الأجنبي في الشريعة الاسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى

1 — لقد سبق لي أن ناديت هنا بأنه قد آن لنا أن نتخذ الشريعة الاسلامية المصدر الأول لقوانيننا، وقلت يومئذ ان هذه الشريعة غنية جدا بأحكامها، حافلة بمختلف المذاهب والآراء التي تجعل منها مصدرا مرنا متطورا، صالحا للتطبيق في كل زمان ومكان، وتمنيت لو أن الجامعة العربية تولت وضع مشروع يقنن أحكام هذه الشريعة، وطالبت الدول العربية بالعمل على تطبيقه، حتى تكون وحدة التشريع بين هذه الدول خطوة طيبة في سبيل الوحدة الشاملة.

2 — وفي انتظار تحقيق هذه الأمال، أعتقد أن من واجب رجال القانون أن ينقبوا في كنوز هذه الشريعة لاستخراج المكنون فيها، وإظهار المظمور من أحكامها، وبيان ما فيها من سمو ومرونة، وإنسانية، وسعة أفق بمقارنتها بالشرائع الأخرى.

ولقد أتيح لي في فرصة سابقة أن اتحدث عن مركز المرأة في الشريعة الاسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى، وفندت ما اتهم به الاسلام من تحقير للمرأة، وبينت كيف ان شريعتنا، على العكس من هذا التجني، قد ردت الى المرأة اعتبارها، وجعلت منها إنسانا كاملا مساويا للرجل، ورفعت مكانتها الى درجة لم تصل اليها المرأة في أية شريعة أخرى قديمة أو حديثة.

واليوم اتعرض لحكم آخر في شريعتنا هو «حكم الأجنبي» لتفنيذ تجن آخر على الاسلام الذي اتهم بالتعصب ضد غير المسلمين زورا وبهتانا،

ولسوف نرى من هذا الحديث أن الشريعة الإسلامية، على العكس من هذا التجني، قد نظرت إلى الأجنبي نظرة إنسانية لم ترق إلى مستواها حتى اليوم أية شريعة وضعية أخرى، وفتحت الباب على مصراعيه للأجانب، غير متوجة شرا من مزاحمتهم للمواطنين في أرزاقهم، كما تفعل الشرائع الأخرى حتى اليوم، بل هادفة إلى غاية نبيلة واحدة، هي هدايتهم إلى نور الإسلام، مضحية في سبيل ذلك بمصالح المواطنين المادية.

3 — والواقع هو أن الطبيعة البشرية قد فطرت على أن ينظر المواطن إلى الأجنبي عن وطنه نظرة عدا، نظرة مشوبة بالخذر، وسوء الظن، والنفور، والتعصب، بل ولقد بلغ الأمر بالإنسان في العصور السالفة أن كان ينظر إلى الأجنبي كحيوان، ويعتقد أن الله لم يخلق آدميين غير جماعته، وكان كل مجتمع يظن أنه هو المجتمع الوحيد على ظهر الأرض، وأن الدنيا، بما فيها من أرض وسماء، وكواكب وبحار وأنهار، لم تخلق إلا من أجله، وأن حدود بلاده هي نهاية الرقعة الأرضية.

ولقد قيل في تفسير ظاهرة النفور من الأجنبي أن الإنسان عدو ما يجهل، وعدو من يجهل، وقدما كانت الاتصالات بين مختلف أنحاء العالم تكاد تكون مقطوعة، وكان كل مجتمع يعيش في شبه عزلة، ويرى أن دينه خاص به، لا يجوز أن يشاركه فيه غيره، وأن نمط حياته، وأخلاقه، وعاداته، وسلوكه، وقوانينه خاص به وحده، ولا يمكن أن يلائم غيره. وبعبارة أخرى، كانت الجماعات، كما يقول (برجسون) جماعات مغلقة تعتقد كل منها أنها الوحيدة في الأرض جميعا.

وكلما تطور الإنسان وتهدب، واتسع أفقه، تطورت نظره إلى الأجنبي، وسارت نظرة إنسانية بعيدة عن التعصب، متغلبة على الرواسب السالفة، واستطاع أن يتصور في يسر وسهولة أن هذا الأجنبي لابد أن يكون إنسانا مثله، يتمتع بروح وبمشاعر مثله. ويمكن أن يقاس ارتفاع

مستوى الوعي ومدى التطور لدى مجتمع ما بمقدار نظرتة الى الأجنبي، وان يقاس تطور تشريع ما بمعيار حكمه بالنسبة الى الأجنبي.

4 — ولقد كانت الشرائع القديمة تنكر على الأجنبي الشخصية القانونية، بل وتنكر عليه الانسانية الكاملة، فلم يكن الأجنبي قديما يستطيع ان يكون صاحب حق، بل كان هو نفسه محلا للحق كالرقيق، ولم يكن يستطيع ان يتزوج أو يملك، أو أن يتقاضي أمام المحاكم، أو أن يرث أو يورث، أو يوصى، أو يتلقى وصية.

ففي اليونان، على الرغم من عظمة الفلسفة اليونانية، كان ينظر الى الأجنبي كحيوان، وكان يطلق عليه لفظ البربر ويقول ايزوقراط.. ان الفرق بين اليوناني والبربري لا يقل عن الفرق بين الانسان والحيوان، وان سمو اليوناني على الأجنبي يعطيه كل الحقوق، ويجعل من الطبيعي ومن العدالة أن يطيع الأجنبي اليوناني كما يطيع العبد سيده، ويقول أرسطو «ان القرصنة مشروعة، بل ومشرفة إذا استعملت ضد الأجانب، وكانت قوانين اسبارطه تحرم على الأجانب الاقامة فيها، وكان افلاطون وأرسطو يجيزان هذه القوانين.

وفي الهند القديمة كان الأجنبي يعتبر طبقا لقانون مانو أحط درجة من المنبوذ وهو من احط الطوائف في الهند، ويعتبر بخسا لا يجوز مسه ويعيش خارج المجتمع. والأجنبي احط منه درجة، وليس له أي حق في الحماية أو في الميراث. وفي الصين القديمة كان الأجنبي كالحيوان ومن المستحب أكله.

5 — أما عند اليهود، وليسمح لي بالاسهاب والاستطراد هنا، فوضع الأجنبي شاذ حتى الآن عند اليهود، فاليهود يزعمون انهم وحدهم من نسل الله، وان الله خاص بهم وحدهم، وكل من ليس يهوديا فهو وثني وأجنبي، وان الجنس اليهودي وحده هو الذي يكون شعب الله المختار، مع أنه قد ثبت أخيرا من علم الأجناس أن ليس هناك جنس يهودي، وقد أكد ذلك عالمان من اليهود في علم الأجناس هما الأستاذ جروفيتش، أستاذ علم الأجناس بالجامعة العبرية،

والأستاذ هاري شبيرو رئيس قسم علم الأجناس بالمتحف الأمريكي للتاريخ الطبيعي، اللذان قررا بناء على تحليل دماء اليهود الذين يعيشون في مختلف أنحاء العالم أن ليس هناك دم خاص لجنس يهودي مستقل، وان هناك تطابقا تاما بين دماء اليهود ودماء الشعوب التي يعيشون فيها، كما ان عالم الأجناس البريطاني جيمس فانتون، قام ببحث حديث اثبت فيه ان 95% من اليهود ليسوا من بني اسرائيل، وقد اثبت التاريخ ان شعب اسرائيل قد زال من الوجود زوالا تاما في سنة 721 ق.م. عقب سقوط بني اسرائيل أسرى في أيدي الأشوريين، ويزعم اليهود انهم وحدهم ينتسبون الى ابراهيم، ويتجاهلون ان ابن ابراهيم الأول من زوجته المصرية هاجر هو اسماعيل أبو العرب، وان اسحاق أبا يعقوب لم يولد له إلا فيما يعد وقد قال القرآن عن العرب: «ملة أبيكم ابراهيم هو سماكم المسلمين من قبل».

ولقد كانت كتب اليهود المقدسة تنصح لهم بالا يتعرضوا للأجانب بسوء، لأنهم هم أنفسهم كانوا أجانب في مصر قبل اخراجهم منها، ولكن ما لبثت كتبهم ان حرفت واطهرت العداء للأجانب، فنقرأ في احد كتبهم هذه العبارة «عليكن ان تطردوا الأجانب الذين وضعهم آلهكم تحت سيطرتكم» ويطبق اليهود هذه النصيحة اليوم في فلسطين المحتلة. ونقرأ عبارة أخرى في نفس الكتاب تقول: «ان كل الكافرين الذين يوجدون في غير المدن الموعودة لاسرائيل يجب ان تقطع رؤوسهم بالسيف» ونقرأ عبارة أخرى في أحد كتبهم تقول: «لا تعطوا بناتكم لأولادهم، ولا تأخذوا بناتهم لأولادكم ولا تتيحوا لهم أبدا سلاما ولا رخاء» وهم يطبقون ذلك فعلا. وبمناسبة ذكر كتبهم لعبارة المدن الموعودة لاسرائيل يستند اليهود في ادعاءاتهم الخاصة بفلسطين الى عبارة وردت في الاصحاح الخامس عشر من سفر التكوين تقول: «لنسلك (أي لنسل ابراهيم) أعطى هذه الأرض من نهر مصر الى النهر الكبير، الفرات».

وعلى فرض صحة هذه العبارة وان تحريفا لم يصبها، فان نسل ابراهيم من ابنه الأول اسماعيل هم العرب، وهم أولي بوراثة هذه الأرض من نسل يعقوب ابن ابن ابراهيم، لا سيما وقد ثبت في التوراة نفسها ان العرب سكنوا فلسطين منذ ثلاثة آلاف وخمسمائة سنة قبل الميلاد، فإذا أضيف الى هذه المدة ما يقرب من الألفين بعد الميلاد، كان مجموع سني اقامتهم أكثر من خمسة آلاف عام في حين ان اليهود لم يقيموا بها الا كدخلاء مستعمرين لمدة تبلغ في مجموعها 380 عاما، اقامات متفرقة، كما انه قد ثبت ان اسم فلسطين يستمد من اسم قبيلة عربية تسمى «فليستينا» استوطنت فلسطين قديما، وان مدينة القدس التي وجدت قبل الميلاد بثلاثين قرنا لم يكن بها اسرائيلي واحد طبقا لنصوص التوراة.

ولقد تكونت عند اليهود منذ القدم فكرة عنصرية بغیضة تقوم على أساس الجنس والدين واللغة، واستبدت بهم هذه الفكرة حتى جعلتهم يكونون جماعة مغلقة منكشمة على نفسها، منعزلة في أحياء خاصة بها سميت في ايطاليا geutto جيتو، وفي ألمانيا judingasse وفي فرنسا juiverie وفي مصر والبلاد العربية.. حارة اليهود... وأصبح اليهودي ينظر الى غير اليهودي نظرة عداة تعصبيية وبنفر منه، ولا يفتح مطلقا على غير اليهودي، حتى أن المؤلف الألماني زميرمان يقول «إذا أظهر اليهودي اخلاقه لغير اليهودي يغلابد أن يكون في تسلسل نسبه جد لأم مسيحي، أو أن أمه نسيت عزة جنسها».

وبسبب هذه العنصرية الكريهة حفلت كتب اليهود بعبارات البغضاء للأجانب، فنقرأ في احد كتبهم ما يلي: «عليكم أن تحصروا اليهود الذين تزوجوا بأجنبيات وان تطردوا زوجاتهم وأولادهن». ويطبق اليهود هذه النصيحة الآن، وجاء في أحد كتبهم ما يلي: «إذا فقد الأجنبي مالا وعثر عليه يهودي فلا يجوز له أن يردده للأجنبي» وجاء في كتبهم أن التوارث بين اليهود والأجانب ممنوع، وان الربا الذي تحرمه الشريعة الموسوية

يجوز لليهودي أن يأخذه من الأجنبي لا من اليهودي. وما ابتدع الربا وأثرى منه إلا اليهود، وجاء في أحد كتبهم ان الأجنبي يجوز أن يكون محلاً للسخرة المؤبدة.

وبما أن غير اليهود جميعاً وثنيون في نظر اليهود، ومن أجناس أخط من جنسهم، فقد فطرت أفئدتهم على كراهية الآخرين، وبادلهم المسيحيون العداء، فطاردهم ونكلوا بهم أشنع التنكيل، فقد انزل بهم قياصرة القسطنطينية في القرن الثامن نكبة شديدة ألجأت الكثير منهم إلى بلاد المسلمين.. وكانت لهم في إنجلترا يوم تتويج ريتشارد الأول في أواخر القرن الحادي عشر مذبحه رهيبة، وما زال الملوك من بعده يعملون على طردهم من إنجلترا حتى اجلاهم عنها نهائياً أدوارد الأول في آخر القرن الرابع عشر.

وطردوا كذلك في فرنسا، حتى تم طردهم جميعاً منها على يد شارل السادس في آخر القرن الرابع عشر. وحين انتشر الطاعون الذي قضى على 25 مليون نسمة في أوروبا من سنة 1346 — إلى 1353 نسب الأوربيون سبب انتشار هذا الوباء إلى اليهود، وقاموا ضدهم بثورة عارمة، وأخذوا يذبحونهم في كل مكان، فذبح منهم في مقاطعة باقاريا وحدها 12,000.

وقد كانوا في إسبانيا قبل دخول العرب يعاملون أسوأ معاملة، وتوضع لهم تشريعات استثنائية خاصة بهم، وكانوا يعتبرون كرقائق Serfs. وفي القرن الخامس عشر ساءت حالهم في صقلية، وطردوا منها، فلجأ بعضهم إلى البرتغال، فلم تقبل إقامتهم بها إلا بعد أن تنصروا، وقد طردهم الأسبان من الأندلس بعد أن استردوها من العرب.

ولم يعامل اليهود أكرم معاملة إلا لدى المسلمين، ومنذ بدء الإسلام حفل التاريخ بقصص المعاملة الحسنة لليهود، وحين طردوا من أوروبا لم يجدوا لهم ملجأ إلا بلاد المسلمين، وشمال إفريقيا ومصر وغيرها، فعاشوا فيها أكرم عيش وأثروا ثراء كبيراً، وتولوا الوظائف العامة، والوزارة، وبرز

منهم فلاسفة من أمثال موسى بن ميمون في الأندلس، وأطباء من أمثال ابنه ابراهيم طبيب سلاطين الدولة الأيوبية في مصر.

وفي حين كانت الثروة العقارية محرمة عليهم في أوروبا، وكانوا يخضعون لتشريعات استثنائية خاصة بهم، فانهم لم يتعرضوا لمثل هذه القيود في البلاد الإسلامية، وكانت للبعض منهم ثروات عقارية طائلة (مثل قطاوي) في مصر ولقد ظل اليهود مطاردين مضطهدين في جميع أنحاء أوروبا حتى بعد عهد الإصلاح، وظلوا خاضعين في فرنسا للتشريعات الاستثنائية حتى قامت الثورة الفرنسية فألغت هذه التشريعات بدستور الثورة الصادر في 1791، ومع أنهم بعد أن طردوا من أوروبا عادوا إليها متسللين تباعا بعد عهد الإصلاح فقد ظلوا مضطهدين هناك طوال القرن التاسع عشر، وفي أوائل القرن الحالي، إلى درجة أن معاهدة قرساي التي وضعت بعد الحرب العالمية الأولى في 1919 اضطرت إلى أن تنص على أن لليهود حيث وجدوا الحق في حرية الرأي والمساواة المدنية والسياسية، وعلى الرغم من ذلك فقد شاء الله أن ينتقم منهم بسبب عنصريتهم الممقوتة، فسلط عليهم العنصرية النازية التي أبادت منهم من أبادت وشردت من شردت، ولكنهم جمعوا أشتاتهم بعد ذلك وكونوا عصابات ارهابية تنتقم اليوم من العرب لما أنزله هتلر وحزبه باليهود، وكانما العرب، وهم الذين كانوا كرماء معهم دائما ومتسامحين، هم المسئولون عما أنزله بهم غيرهم في أوروبا.

ولقد كان اليهود طوال تاريخهم مشردين مشتتين في أنحاء الأرض، ولذلك يطلق على اليهودي في أوروبا حتى الآن تعبير اليهودي التائه أو المشرد le juif errant ويقال أن السبب في ذلك أن المسيح عليه السلام كان يسير يوما وهو يحمل حملا فنال منه التعب، فجلس يستريح أمام منزل يهودي، فخرج إليه اليهودي وطرده بعنف، فدعا عليه بهذه الدعوة، لسوف تظل طريدا مشردا في الأرض حتى أعود «ومن يومئذ ظل اليهود ضالين في الأرض

مشردين لا يعرفون لهم مكانا يأوون إليه، ولا يرتبطون مطلقا بأي أرض يعيشون فوق ظهرها، ولذلك فهم لا يحبون تملك الثروة الثابتة أبدا.

وبما أن كل ما أصابهم من نكبات، وما نزل بهم من مذابح، وما استعمل ضدهم من اضطهاد، كان على أيدي غير المسلمين، وإن تاريخهم مع المسلمين يشهد بأنهم لم يلاقوا منهم الأكل كرم وحسن معاملة وتسامح، فقد كان حريا بهم أن ينتقموا ممن نكلوا بهم لا ممن أحسنوا إليهم وآووههم وأمنوهم من خوف ولكن صدق الله العظيم حين قال «لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا» وصدق الأثر القائل «اثق شر من أحسنت إليه».

6 — أما في القانون الروماني الذي هو مصدر القوانين الغربية، فكان الأجنبي يعتبر عدوا ويطلق عليه كلمة Hostis أي عدو، وكان مصدر الرق في القانون الروماني هو كون الشخص أسيرا أو أجنبيا، فكلاهما يعامل كرقيق، ولا يجوز له أن يكون صاحب حق، وحين قيل الرومان التعايش مع بعض الأجانب، وضعوا قانونا خاصا بهم وهم قانون الشعوب jus gentium لأنهم رأوا أن القانون المدني الخاص بالرومان jus civile أقدم من أن يطبق على الأجانب، ولم يسمحوا بأن يتقاضوا أمام القاضي الخاص بالرومان فأنشأوا لهم قاضيا خاصا بهم سموه le préteur pérégrin وعلى العموم فلم تكتمل للأجنبي في القانون الروماني الشخصية القانونية مطلقا.

وقد استمر مركز الأجنبي سيئا حتى العهد الاقطاعي إذ راد سوءا، فكان على الأجنبي إذا دخل اقطاعية أن يعلن في خلال سنة ويوم من وصوله أنه تحت تصرف أمير الاقطاعية، وإلا كان للأمير أن يقبض عليه ويصادر أمواله. ولم يكن اعلانه هذا ليعصمه من جواز طرده من الاقطاعية في أي وقت، ولا أن يعفيه من الضرر بية الخاصة التي كانت يدفعها العبيد chevage وفي بعض الاقطاعيات كان يعتبر الأجنبي كرقيق منذ وصوله serf

ولم يكن للأجنبي في هذا العهد الاقطاعي أي حق في أن يرث غيره أو يرثه غيره أو أن يكون له حق الايضاء، كما أنه كان عليه إذا تزوج من أمثاله أن يدفع ضريبة فادحة.

وظل أمر الأجانب في أوروبا على هذا النحو حتى القرن الثالث عشر، إذ منح فردريك الثاني للأجانب حق الأيضاء، وظل التوارث بينهم محرماً حتى القرن السابع عشر إذ أجاز حينذاك للأجانب أن يرثهم أولادهم المباشرون فقط، حتى قامت الثورة الفرنسية فألغت القيود الخاصة بالتوارث بين الأجانب. ولكن القانون المدني الفرنسي جاء في 1804 فوضع قيدين خطيرين بالنسبة إلى الأجانب: القيد الأول هو أنهم غير أهل للتوارث بينهم. والقيد الثاني هو أنهم غير أهل لتلقي أي مال دون عوض سواء بطريق الوصية أو بطريق العقد، أي أن القانون المدني. نقض ما قرره الثورة الفرنسية وزاد عليه حرمانهم من الهبات والوصايا. غير أن هذين القيدين لم يلغيا في سنة 1819.

وعلى الرغم من أن فرنسا هي أكثر بلاد أوروبا تسامحاً مع الأجانب، ومن أنها بحاجة شديدة إلى اليد العاملة الأجنبية، ومن فتح أبوابها أمام الأجانب، فما زالت هناك قيود قانونية شديدة خاصة بالأجانب، فليس للأجنبي أن يرفع دعوى على فرنسي أمام المحاكم الفرنسية إلا بشرط دفع كفالة *Cautio judieatum solvi* تضمن للمدعي عليه الفرنسي الحصول على المصاريف والتعويضات إذا خسر الأجنبي الدعوى، وليس للأجنبي هناك الحق في المساعدة القضائية *l'assistance judiciaire* والأجانب محرمون من ممارسة كثير من المهن الهامة ومن الانتفاع بما تتيحه قوانين إيجار الأماكن الزراعية أو التجارية من مزايا، ومحرمون من مزايا التأمين الاجتماعي. وفضلاً عن ذلك فقد كان القضاء الفرنسي يرفض أن يكون للأجنبي موطن قانوني في فرنسا مستنداً في ذلك إلى نصين في القانون المدني، ولذلك فقد كان الأجنبي يعلن هناك بالأوراق القضائية في موطنه الفعلي حتى صدر في

1927 قانون جعل للأجانب الحق في أن يكون لهم موطن قانوني في فرنسا، ولكن في 1938 صدر مرسوم اشترط لحصول الأجنبي على هذا الموطن القانوني ان يحصل على إذن من السلطات العامة بالاقامة لمدة تزيد عن سنة، وقد ألغي هذا المرسوم بمرسوم صدر في 1945. ومع ذلك فما زال الأجنبي هناك خاضعا حتى الآن لنظام بطاقة الاقامة Carte de Sejour التي يجب على كل أجنبي تبلغ سنه 16 سنة أن يحصل عليها إذا أقام في فرنسا أكثر من ثلاثة أشهر. هذه هي حال الأجنبي في فرنسا التي تعتبر أكثر الدول الأوروبية تسامحا مع الأجانب، ولذا فان مركز الاجانب أسوأ من ذلك في التشريعات الأخرى في أوربا. وعلى الرغم من أن اعلان حقوق الانسان الصادر عن الأمم المتحدة في 1948 ينص في المادة السابعة منه على أن «لكل انسان الحق في أن يعترف له في كل مكان بالشخصية القانونية» فما زالت مختلف التشريعات الغربية تنتقص من شخصية الأجنبي القانونية حتى الآن، وتحرم عليه تملك الأموال الثابتة وامتهان أهم المهن، وتجعله خاضعا للطرد وللتسليم الى دولته.

هذا هو مركز الأجنبي في أهم الشرائع الأخرى قديمها وحديثها فلننظر الآن ما هو مركزه في الشريعة الاسلامية.

7 — ليس الاسلام ديننا خاصا بجنس من الناس دون جنس كما يعتبر اليهود دينهم، بل ان محمدا أرسل الى الناس جميعا «قل يا أيها الناس أني رسول الله اليكم جميعا» «وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا» فلا عنصرية في الاسلام، ولا تمييز بين الناس بسبب الجنس أو اللون، بل الاسلام يخاطب الناس في كل مكان وزمان. وقد قسم الفقه الاسلامي العالم الى قسمين: دار الاسلام، ودار الحرب. فدار الاسلام هي التي تجري عليها أحكام الاسلام، ويأمن من فيها بأمان المسلمين، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين، أي أن دار الاسلام هي بلاد الاسلام كلها مهما اختلفت حكوماتها، ولا يحول دون اعتبار البلد جزءا من دار الاسلام ان يقع تحت سيطرة غير المسلمين ما دام يجري فيه حكم الاسلام.

ولقد كان سكان دار الاسلام يتنقلون قديما في مختلف بلاد الاسلام دون أي قيد أو جواز سفر أو تأشيرة دخول، أي أن وطن المسلم كان هو كل بلاد الاسلام، ينتقل بين أرجائها كما يشاء، ويقيم ويعمل حيث يشاء فيها. أما دار الحرب فهي التي لا سلطان للمسلمين عليها، أو التي لا تجري عليها أحكام الاسلام، ولا يأمن من فيها من المسلمين. ويسمى سكانها الحربيين، فهم إذن أجنب عن دار الاسلام وهم أعداء المسلمين. وكل من يفد منها الى دار الاسلام يعتبر أجنبيا فيها فعلا، وعلى ذلك فإذا عاملته الشريعة الاسلامية كما يعامل الأجنبي في التشريعات الحديثة فيجب أن نلاحظ الفرق الكبير بين المعنيين لكي ندرك مقدار كرم الشريعة الاسلامية، فهذه الشريعة تعامل في شخص الأجنبي عدوا وافدا الى دار الاسلام من دار الحرب بينما الشرائع الحديثة لا تفرق في معاملة الأجنبي بين أجنبي يفد من بلد صديق وأجنبي يفد من بلد غير صديق.

وهذا الأجنبي الذي يفد من دار الحرب الى دار الاسلام يحصل على أمان يخلع عليه صفة المستأمن، فهو إذن يختلف عن الأسير الذي يؤسر أثناء الحرب، وعن الرسول الذي يحمل كتابا من الأعداء الى أمام المسلمين، فهما يعاملان معاملة أخرى. أما سكان دار الاسلام الدائمون، فهم أما المسلمون وإما الذميون. والذمي هو من كان من غير المسلمين قد عاهد المسلمين على أن يكون في عهدهم وأمانهم على وجه التأييد. وإذن فالذمي هو في الأصل أجنبي حكما عن دار الاسلام ولكنه بعقد الذمة يصبح مواطنا فيها. كالمجنس في القوانين الحديثة، وإن كان للذمي من الحقوق في دار الاسلام أكثر مما للمجنس في القوانين الحديثة، إذ أن الذمي كان يستطيع أن يتمتع بكل الحقوق السياسية بمجرد عقد الذمة، بينما المجنس لا يتمتع بهذه الحقوق اليوم إلا بعد مضي مدة طويلة، ويتولى الامام أو نائبه إتمام عقد الذمة مع الذمي، وبينما يقصر بعض الفقهاء عقد الذمة على أهل الكتاب، فإن البعض الآخر يجيز إتمام الذمة مع جميع غير المسلمين ولو كانوا وثنيين، وإذا طلب الذمي عمل عقد ذمة وجبت إجابته الى طلبه في رأي الحنفية والحنابلة، إما المالكية

فيرون اجابة طلبه إذا تيقنت المصلحة. وليس من اللازم أن يقوم الذمي بعمل عقد ذمة حتى يصير ذميا، فقد يصبح ذميا بأحد القرائن الآتية: ان يكون حربيا أقام في دار الاسلام إقامة طويلة، قدرها الحنفية بأكثر من سنة، وقال غيرهم إذا أقام الحربي في دار الاسلام وانذره الامام بالخروج منها خلال مدة معينة فلم يخرج صار ذميا. وهنا تظهر عظمة الشريعة الاسلامية إذا قورنت بالقوانين الحديثة التي تقضي بأنه إذا أنذر الأجنبي بالخروج فيجب أن يخرج والا أخرج بالقوة، بينما شريعتنا تعتبره مواطنا إذا طالت اقامته أو أنذر ولم يخرج، بعد أن كان معتبرا حربيا أي عدوا. ومن القرائن أن يشتري المستأمن أرضا خراجية في دار الاسلام وتضع عليها الدولة خراجا فيصبح بذلك ذميا. وهنا أيضا ألقت النظر الى سمو شريعتنا التي تشجع الحربي على تملك الأراضي الزراعية بينما تحرم أكثر القوانين الحديثة على الأجانب تملك العقارات.

ومن القرائن كذلك أن تتزوج المستأمنة برجل من أهل دار الاسلام فتعتبر بالزواج ذمية، والتشريعات الحديثة لا تقبل دخول الزوجة الأجنبية في جنسية زوجها الا بشروط قاسية، اقلها مضي مدة تطول أو تقصر، وترك القبول لتقدير السلطة العامة.

ومن هذه القرائن التي وضعتها شريعتنا نرى أن الأجنبي عن دار الاسلام يستطيع بمحض اختياره ان يصبح مواطنا في دار الاسلام، ولقد يصير الحربي ذميا بالتبعية، مثل الزوجة إذا أصبح زوجها ذميا، ومثل الأولاد القصر يصيرون ذميين بصيرورة أبيهم ذميا.

وعقد الذمة لازم في حق المسلمين لا يجوز نقضه إلا إذا لحق الذمي بدار الحرب، أما بالنسبة الى الذمي فهو غير لازم، بل هو يملك نقضه متى شاء. ومتى اعتنق الذمي الاسلام، انقضى عقد الذمة من تلقاء نفسه، وأصبح الذمي مواطنا مسلما بعد أن كان أجنبيا حكما عن دار الاسلام.

8 — أما المستأمن فهو حربي يفد على دار الاسلام من دار الحرب بمقتضى أمان مؤقت، وطالما ظل بهذه الصفة فهو أجنبي فعلا في معنى القوانين الحديثة، ولكنه يستطيع متى شاء أن يصير ذميا أي مواطنا كما رأينا. وقد استمد الفقه حكم المتسأمن من قوله تعالى «وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه». والحكمة في ذلك هي فتح الباب أمام الأجانب غير المسلمين لعلمهم بمخالطتهم للمسلمين وبسماعهم كلام الله تلين قلوبهم للاسلام.

وينعقد الأمان للمستأمن صراحة أو ضمنا. والذي يعطي الأمان هو الامام أو نائبه. ويرى بعض الفقهاء أن لغير الامام من أفراد المسلمين أعطاء الأمان بشرط أن يجيزه الامام، ويرى البعض الآخرون لأفراد المسلمين أعطاء الأمان دون اشتراط اجازة الامام، ويستشهدون على ذلك بحديث النبي ﷺ ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم «وبأن النبي أقرأ هانيء على أمان أعطته فقال لها «قد أجرنا من أجرت يا أم هانيء».

وقد يعطي الأمان لأحد الحريين منفردا أو لعدد منهم يصل الى عشرة أو لقافلة صغيرة. وقد يعطي في شكل هدنة مع الحربيين: فيسمى موادة أو مهادنة أو مسالمة، ويترتب على الموادة ما يترتب على الامان الفردي من تأمين الحربيين على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وأولادهم، ويحرم على المسلم أن يتعرض لهم بسوء إذا دخلوا دار اسلام. وقد دخل أبو سفيان المدينة خلال هدنة الحديبية ولم يتعرض له أحد المسلمين بسوء. وعقد الامان لازم في حق المسلمين.

ولا يجوز نقضه إلا إذا عاد المستأمن الى دار الحرب نهائيا دون اعتزام العودة، أما إذا رجع اليها وهو يعتزم العودة الى دار الاسلام كما لو كان للتجارة فلا ينقض أمانه، وإذا أسلم المستأمن انتهى عقد الأمان وأصبح المستأمن مواطنا مسلما كغيره من المسلمني.

9 — حقوق الذميين والمستأمنين: يتمتع الذمي بكل ما للمسلمين من حقوق، وعليه ما عليهم من واجبات لا تتصل بالعبادات والقاعدة العامة هي أن المستأمن كالذمي فيما عدا الاستثناءات. ولكل منهما الشخصية القانونية العامة والأهلية الكاملة، على عكس ما رأيناه في الشرائع الأخرى. وللذمي جميع الحقوق العامة التي يتمتع بها المسلم، فله الحق في الحرية الشخصية، وفي حمايته من الاعتداء عليه، وفي حرمة مسكنه، وإذا وقع أسيرا في أيدي الأعداء وجب على المسلمين افتدائه من بيت المال. ويتمتع الذمي بحرية العقيدة فلا يكره على اعتناق الاسلام، لقوله تعالى «لا اكراه في الدين» ومن القواعد المقررة في الاسلام قاعدة «نتركهم وما يدينون» ويرى رأي راجح في الفقه الاسلامي أن للذمين اتخاذ معابد لهم في الاسلام، كما يرى الحنابلة الابقاء على ما كان لهم من معابد قبل الاسلام. وقصة عمر بن الخطاب حين وصل الى القدس واحترام كنيسة النصارى هناك مشهورة.

وللذمين الحق في اقامة شعائرهم الدينية في دار الاسلام. ولهم كذلك كل الحقوق الخاصة، فلهم حق العمل والتجارة لا يستثنى من ذلك الا التعامل بالربا، ويبيع الخمر أو الخنازير في امصار المسلمين، ولكن يجوز لهم بيعها في امصارهم وفي قراهم ولو كان بها مسلمون. وللذمين الحق في تولي الوظائف العامة في دار الاسلام، وإذا كانت الآية تقول: «يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودواما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر» فانها قيدت اتخاذهم بطانة بظهور عداوتهم للمسلمين ومن لم يظهر منهم عداوة يجوز له ان يتولى الوظائف العامة، وقد قام المسلمون فعلا باسناد وظائف هامة الى غير المسلمين، فقد كان لمعاوية بن أبي سفيان كاتب نصراني، وتولى النصارى في العصر العباسي الوزارة عدة مرات، ومن أشهرهم نصر بن هارون الذي تولى الوزارة سنة 369 هـ وعيسى بن نسطوروس الذي تولاها سنة 380 هـ، ومن الأشخاص المشهورين في

مصر في العصر الأموي (انتسبوس) الذي تولى رئاسة دواوين الأسكندرية. وقد ولي جعفر المنصور موسى اليهودي لجباية الضرائب، والتاريخ حافل بتولى النصارى واليهود أهم الوظائف عند المسلمين.

وللذمى الحق في الصدقات إذا كان محتاجا، وهنا ألفت النظر الى أن أكثر التشريعات الحديثة يشترط فيمن يطلب التجنس ألا يكون معوزا حتى لا يكون عالة على المجتمع الذي يتجنس بجنسيته، بينما الشريعة الاسلامية ترفعت عن مثل هذا الشرط. وهناك اجماع بين فقهاء المسلمين على أن للذمى الحق في الصدقات باعتباره من المؤلفة قلوبهم في معنى الآية «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم» ويقول أبو يعلى في الأحكام السلطانية ان المؤلفة قلوبهم أربعة أصناف صنف منهم تتألف قلوبهم لمعونة المسلمين، وصنف تتألف قلوبهم للكف عن المسلمين، وصنف تتألف قلوبهم لترغيبهم في الاسلام، وصنف تتألف قلوبهم لترغيب قومهم وعشائره في الاسلام. والذمى بل والمستأمن يمكن أن يكون من بين الأصناف الأربعة. وقد روى أن النبي ﷺ تصدق بصدقة على أهل بيت من اليهود، وأنه بعث بمال الى أهل مكة وهم مشركون حريون حين أصابهم القحط وروى أن عمر بن الخطاب مر وهو في طريقه الى الشام بقوم من النصارى مجذومين فأمر بأن يعطوا من الصدقات وان يجري عليهم القوت.

أما حق غير المسلم في الصدقات وفي الزكاة باعتباره من المساكين في معنى الآية السابقة الذكر ففيه خلاف. فهناك رأي يرى أنه يعتبر من بين المساكين، إذ يروي الطبري في تفسيره عن نافع انه سمع عكرمة يقول حين تلا آية «إنما الصدقات للفقراء والمساكين» لا تقولوا لفقراء المسلمين مساكين إنما المساكين مساكين أهل الكتاب. كما يرى زفر أن تعطي الزكاة للذمى كالمسلم، ومما لا شك فيه ان الذمى والمستأمن كذلك يعطي من الزكاة باعتباره من بين المؤلفة قلوبهم، وهذا هو ما قال به المالكية والشيعة الزيدية. ومن لطيف ما يروي بصدد الصدقة ان ابن عباس كان له جار

يهودي، وفي يوم من الأيام ذبح غلام ابن عباس شاة فأخذها بن عباس يكرر عليه قوله «لا تنس جارنا اليهودي» ومن كثرة التكرار قال له الغلام كم تقول هذا ؟ فقال له ابن عباس لقد أوصانا النبي ﷺ بالجار حتى خشينا أنه سيورثه وألفت النظر الى ما في هذا الحوار بين ابن عباس وهو من هو، وبين خادمه، من معاني الديمقراطية والتواضع، وليس للمستأمن باعتباره أجنبيا الحق في تولي الوظائف العامة طالما ظل متصفا بصفة مستأمن، ولا بدع في ذلك فجميع التشريعات الحديثة تقصر الحقوق السياسية على المواطنين دون الأجانب. وقد كان للمستأمن إذا شاء ان يتولى الوظائف العامة في الدولة ان يقوم باتيان أي عمل مما يعتبر قرينة على صيرورته ذميا فيكون له ذلك. ولكن للمستأمن كل الحقوق الخاصة، فله حق التملك في دار الاسلام سواء كان التملك منصبا على أموال منقولة أو ثابتة، مع ملاحظة ان معظم التشريعات الحديثة تحرم على الأجانب تملك الأموال الثابتة.

ومما يدعو الى الإعجاب بسمو مبادئ الشريعة الاسلامية انها أجازت للمستأمن تملك العقار بالشفعة من المسلم، وهذا أسمى ما يمكن أن يصل اليه التسامح إذا عرفنا ان فقهاء الشريعة ينظرون الى الشفعة نظرة تضيق ويشبهونها بالغصب من ناحية أن المال يؤخذ من صاحبه جبرا عليه، وان كان السبب مشروعا في الشفعة دون الغصب، وقد أجازوا استعمال الحيل للتخلص من الشفعة فأباحها لأجنبي ضد مسلم أقصى ما يمكن أن يصل اليه التسامح، لا سيما إذا ما تذكرنا ان هذا الأجنبي وفد من دار الحرب أي من بلاد الاعداء.

ومما سمت به الشريعة الاسلامة على التشريعات الحديثة انها قضت بعدم جواز تسليم المستامن الى دولته إذا طلبته إلا إذا وافق على ذلك حتى لو بلغ الأمر بدولته أن هددت المسلمين بالحرب إذا لم يسلموه، بل ان الشريعة الاسلامية ارتفعت الى ما هو أسمى من ذلك حين منعت تسليمه الى دولته ولو كان ذلك في مقابل استرداد أسير مسلم لدى دولته بينما تقضى أغلب التشريعات الحديثة بتسليم الأجنبي.

ومما هو ادعى الى الاعجاب بهذه الشريعة ما رواه الحرشي المالكي في شرحه من أن الحربيين إذا قدموا الى دار الاسلام ومعهم أسرى مسلمون غنموهم من المسلمين فلا يؤخذون منهم ولهم الحق في ان يرجعوا بهم الى الحرب (1) فهل يتصور ان تبلغ شريعة حديثة مثل هذه الدرجة من اعادة مواطنيها الى الاعداء؟

وللمستأمن الحق في ان يمارس التجارة في دار الاسلام، وما يكسبه من مال يعود به الى دار الحرب وتؤخذ منه ضريبة، إلا إذا كان المسلم يعفى من هذه الضريبة في دولة المستأمن فيعامل هذا الأخير بالمثل. وإذا دخل المستأمن دار الاسلام بمال قليل فلا تؤخذ منه ضريبة اصلا حتى لا تستأصل الضريبة ماله، ولو كانت دولته تفعل ذلك مع المسلم الذي يدخلها لأنه لا مجارة في الظلم كما يقول فقهاء المسلمين.

ومعاملة المسلمين مع المستأمنين جائزة كمعاملتهم مع الذميين، وقد روى أن النبي ﷺ كان يقترض من أهل الكتاب نقدا ويرهن عندهم امتعته، وحين توفي كانت درعه مرهونة في دين عليه لأحد يهود المدينة.

وللذمي وللمستأمن الحق في عمل وصية لذمي أو لمستأمن، ويرى الشافعية والحنابلة ان وصية المسلم للمستأمن جائزة حتى لو كان المستأمن في دار الحرب. فما أعظم هذا التسامح، وقد عرفنا ان القوانين الغربية كانت تحرم الأجانب من الوصية، وللذميين والمستأمنين الحق في التوارث فيما بينهم دون خلاف بين الفقهاء متى كانوا متحددين ملة، أما إذا اختلفوا ملة فالأمر كذلك أيضا في رأي الحنفية والشافعية والشيعة الإمامية، أما المالكية والحنابلة والشيعة الزيدية فيشترطون للتوارث بينهم اتحادهم ملة. ويلاحظ أن الشرائع الغربية كانت تمنع التوارث بين الأجانب حتى القرن التاسع عشر.

(2) شرح الحرشي (ابن عبد الله محمد) على المختصر الجليل لابي الضياء خليل (ج 3 ص 127).

وبصدد الميراث نشير الى حكم سمت به الشريعة الاسلامية على التشريعات الحديثة، هو ما قال به المالكية والحنابلة من أنه إذا مات المستأمن في دار الاسلام وكان له مال ولو كان قد كسبه في دار الاسلام ولم يكن له ورثة معه في دار الاسلام بل كان ورثته في دار الحرب فان تركته ترسل اليهم هناك ان كانوا معروفين وان لم يكونوا معروفين فتسلم التركة الى حكومة دولته، وهم يستندون في ذلك الى أن للمستأمن العصمة في ماله، ومن تمام العصمة لماله أن يصل الى ورثته، فهل هناك أكثر من ذلك تسامحا وانسانية، إذا لاحظنا ان التشريعات الحديثة تقضي بمصادرة هذه الأموال أو تضع على تحويلها الى الخارج مختلف القيود. ويرى الفقهاء أن ما أجراه المستأمن من معاملات في دار الحرب بينه وبين حربيين ومسلمين هناك يؤخذ في الاعتبار، وتكون لهذه المعاملات كل آثارها القانونية في دار الاسلام، فإذا كان المستأمن قد أقرض حربيا أو مسلما في دار الحرب فيجب الوفاء بهذا القرض في دار الاسلام.

أما من حيث الزواج فيقول الحنفية والشافعية ان كل نكاح صح بين غير المسلمين في دار الحرب فهو صحيح في دار الاسلام.

أما الحنابلة فيقولون بصحة زواج غير المسلمين على الاطلاق مستندين في ذلك الى قوله تعالى «وامراته حمالة الحطب» «وامرأة فرعون إذ قالت رب ابن لي عندك بيتا في الجنة» فقد أطلق القرآن عليهما لفظ امرأة أو زوجة على الرغم من عدم توافر شروط صحة الزواج في نظر الشريعة. أما المالكية فلم يأخذوا بهذا الرأي ورأوا فساد زواج غير المسلمين. وأغلب التشريعات الحديثة تتفق ورأي الحنابلة. ويقول صاحب البدائع ان نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض جائز ولو اختلفوا ملة لأن الكفر كله كلمة واحدة.

وللمستأمن الحق في أن يعود متى شاء الى دار الحرب، وإذا كان قد دخل دار الاسلام ومعه أسلحة فان له الحق في أن يعود بها نفسها

الى داره، وإذا كان قد باعها في دار الاسلام واشترى بثمنها ما ليس بسلاح أو اشترى أسلحة أقل فاعلية مما باع فله الحق في العودة بما اشترى، أما الممنوع فهو أن يشتري سلاحا أقوى مما كان معه ويعود به، حتى لا يزداد الحريون قوة على المسلمين.

أما من حيث العقوبات، فالقاعدة كما هي الحال في التشريعات الحديثة أن القانون الجنائي إقليمي أي تسرى أحكامه على كل سكان الأقليم، ولذلك فقد كانت الشريعة الاسلامية تطبق من الناحية الجنائية على الذميين والمستأمنين كما كانت تطبق على المسلمين، مع ملاحظة ان جمهور فقهاء المسلمين كان يرى، وهذه لفظة رقيقة منهم، الا يعاقب الذميون والمستأمنون في شرب الخمر ما داموا لا يؤمنون بتحريمها، وهذا استثناء من اقليمية القانون الجنائي لا تعرفه أغلبية القوانين الحديثة، وإذا ارتكب الذمي أو المستأمن جريمة التجسس وهي أخطر جريمة تهدد أمن الدولة فقد رأى كثير من الفقهاء إلا تكون هذه الجريمة سببا في نقض الذمة أو الامان، وقالوا ان التجسس لا ينقض ايمان المؤمن، وهو كذلك لا ينقض أمان الذمي ولا أمان المستأمن بل يعاقبان بنفس عقوبة المسلم، والتشريعات الحديثة تقضي هنا بالأعدام. وإذا قتل الذمي مستأمنا فإنه يعاقب كما لو كان قد قتل مسلما، لأن للمستأمن العصمة في نفسه وماله.

وإذا قتل المسلم عمدا ذميا أو مستأمنا فيرى أبو يوسف قتله فيهما أما غير أبي يوسف فيرى انه يقتل فيهما إذا كان قد ارتكب القتل غيلة أي بالخداع والغدر، ودية المستأمن كدية المسلم الحر.

والاعتداء على مال المستأمن من قبل المسلم يرتب المسؤولية كما لو كان على مال مسلم، لأن له العصمة في ماله. أما من حيث الاختصاص فقد ضربت الشريعة الاسلامية أروع الأمثلة في العدالة والمساواة بين المسلمين وغير المسلمين. ومما يذكر في هذا الصدد ما روى من أن يهوديا

شكا عليا بن أبي طالب الى عمر بن الخطاب ولما مثل الخصمان أمام عمر جلس علي إلى جانب عمر فقال له عمر: قم يا أبا الحسن واجلس الى جانب خصمك، أو سو بينك وبين خصمك، فقام علي وجلس الى جانب خصمه، وبعد أن انتهت المحاكمة وانصرف اليهودي قال عمر لعلي: أكرهت ان تجلس إلى جانب خصمك؟ فأجابه كلا، وإنما كرهت انك لم تسو بيننا حين قلت يا أبا الحسن.

وقد كانت القاعدة في اختصاص القاضي المسلم بنظر الدعوى، هي انه إذا كان المدعي أو المدعي عليه مسلما والطرف الآخر ذميا أو مستأمنا، فيجب على القاضي المسلم أن يحكم بينهما والأمر كذلك أيضا إذا كان طرفا الدعوى ذميين متفقين الملة أو مختلفي الملة. وسند الشريعة في ذلك هو آية «وان أحكم بينهم بما أنزل الله».

وقد رأى بعض الشراح المتأخرين ان الشريعة الاسلامية تجيز أن يعين للذميين قاض ذمي يحكم بينهم بمقتضى شريعتهم⁽¹⁾ ولكن جمهور الفقهاء المسلمين يرون إلا تطبق في دار الاسلام شريعة غير الشريعة الاسلامية.

أما بالنسبة الى المستأمنين، فإذا كان الطرفان مستأمنين فتشترط الشريعة للحكم بينهما ان يتحاكما الى القاضي المسلم، ولكن اختلف الفقهاء المسلمون بين راين: رأي يقول ان القاضي المسلم يكون حينئذ بالخيار بين أن يقبل الحكم بينهما أو أن يعرض عنه، ويستند هذا الرأي إلى آية «فإذا جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» والرأي الثاني وهو الراجح يقول ان القاضي المسلم يجب عليه ان يحكم بينهما ويستند هذا الرأي الى أن آية التخيير السابقة الذكر قد نسخت بآية «وأن احكم بينهم بما أنزل الله» ويؤيدون رأيهم في النسخ بأن هذه الآية الأخيرة قد نزلت بعد آية

(1) التشريع الاسلامي لغير المسلمين للشيخ عبد الله مصطفى المراغي ص 101.

التخير، وبأن آية أخرى تؤيد نسخها وهي آية «ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون».

وعلى ذلك فطبقا لهذا الرأي الراجح يجب على القاضي المسلم أن ينظر في الدعوى التي يرفعها اليه المستأمنون ويحكم فيها. وهذا غير ميسور في كثير من التشريعات الحديثة التي تفيد ترافع الأجنبي أمام القضاء الوطني بقيود كثيرة.

وشهادة المستأمنين بعضهم على بعض مقبولة إذا اتحدوا دارا أما إذا اختلفوا فهناك رأي يقول بعدم قبول شهادة بعضهم على البعض الآخر، ولكن جانبا من الفقه يرى قبول شهادتهم بعضهم على بعض ولو اختلفوا دارا.

ومن حيث اليمين تقبل يمين المستأمن بشرط أن يحلف بالله. أما القانون الواجب التطبيق في دعاوي المستأمنين فهو الشريعة الإسلامية.

12 — هذا هو مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية، سمت به على الشرائع الأخرى قديمها وحديثها، فلم تعتبر الأجنبي حيوانا يجوز أكله، ولا رقيقا، ولا حتمت طرده بعد مدة معينة ولا قيدت معاملاته بأي قيد، بل فتحت له الباب على مصراعيه لكي يصبح مواطنا أن شاء وإن شاء عاد الى وطنه موفور الكرامة. فمن التجني الصارخ على هذه الشريعة السمحة أن تهم بالتعصب، وهي التي سمحت للمسلمين بأن يتزوجوا بالكتابيات (أي بالاجنبيات عن دار الاسلام فعلا أو حكما) وفتحت لهن الباب ليصبحن مواطنات في دار الاسلام، وهذا التسامح لم تعرفه شريعة أخرى قديمة أو حديثة حتى اليوم، وما زالت أكثر القوانين الحديثة تفيد الزواج بالأجنبيات بمختلف القيود وتحرم مواطنها من كثير من الحقوق بسبب زواجهن بأجنبيات.

13 — وأختتم هذا الحديث بان أدعو الله تعالى ان يحقق أمنية عزيزة طالما تمنيتها وهي أن تسود من جديد فكرة دار الاسلام القديمة إن لم يكن بين البلاد الاسلامية كلها، فعلى الأقل بين البلاد العربية حتى يتسنى للعربي أن ينتقل بين أجزاء وطنه العربي كما كان من قبل دون جواز سفر ولا تأشيرة دخول، إذ أن من المخزى حقاً وما يحز في النفوس ان تظل قائمة تلك الإقليمية الضيقة التي فرضها الاستعمار بين أجزاء الوطن العربي الواحد، وان يعامل العربي إذا ما انتقل من جزء من وطنه العربي الى جزء آخر، معاملة الأجنبي، وان يساوي بينه وبين الأنجليزي بل والأمريكي، في حين أنه يجد نفسه بين اخوة له يجري في عروقهم نفس الدم العربي الذي يجري في عروقه، ويدينون بنفس دينه ويتكلمون لغته ويشاركونه في حضارته وفي عاداته وتقاليده، ويحسون بمشاعره وآلامه ويشاطرونه نفس الآمال، فكيف يحكم عليه بأنه أجنبي بين أهله وعشيرته؟ ونسأل الله أن يوفق العرب لازالة ما اراده الاستعمار لهم من فرقة وانقسام، وللعودة الى ما أرادته لهم شريعتهم من وحدة وأخاء.

السبب الأجنبي la Cause étrangère

في القضاء الفرنسي وفي القانون المدني الجزائري

1 — تظهر أهمية السبب الأجنبي في مادة المسؤولية عن فعل الأشياء على الأخص، سواء كانت أشياء حية أو غير حية، أما في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فبما أن الخطأ فيها واجب الإثبات، فمن التآدر أن يلجأ المسؤول الى التمسك بالسبب الأجنبي، وأما في المسؤولية عن فعل الغير، فلا محل للسبب الأجنبي في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، إذ ليس للمتبوع ان يتخلص من مسؤوليته حتى باثبات السبب الأجنبي، وأما في مسؤولية متولي الرقابة، فإن له أن ينفي عن نفسه المسؤولية بنفي خطئه، وقلما يلجأ الى اثبات السبب الأجنبي.

وإذن فلا أهمية لاثبات السبب الأجنبي الا في مادة المسؤولية عن فعل الأشياء بصفة خاصة، فهذه المسؤولية أصبحت لا تدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي.

2 — ولقد أصبح من المسلم به اليوم أن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية كانت من صنع القضاء الفرنسي، وأن القانون المدني الفرنسي لم يتعرض صراحة لهذه المسؤولية، واقتصر على المسؤولية عن فعل الأشياء الحية وحدها، ولم يدر بخلد واضعيه أن هناك مسؤولية مستقلة عن فعل الأشياء غير الحية، وان القضاء الفرنسي هو الذي اكتشف من العبارة الأخيرة للفقرة الأولى من المادة 1384 مسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، وبعد أن كان يقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات،

أقامها في سنة 1896 على أساس الخطأ المفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ثم عدل في سنة 1897 الى افتراض الخطأ افتراضا يقبل اثبات العكس حتى سنة 1914، إذ عاد الى أن افتراض الخطأ لا يقبل إثبات العكس، وظل على هذا الرأي حتى سنة 1930، إذ أقام هذه المسؤولية على أساس افتراضها *présomption de mesponsabilite*، حتى سنة 1956، إذ أقامها على قوة القانون *Reponsabilité de plein droit*. وفي كل الأطوار التي افترض فيها الخطأ افتراضا لا يقبل إثبات العكس، أو افترض فيها المسؤولية، أو أقامها بقوة القانون، استقر على أنها لا تدحض الا بإثبات السبب الأجنبي. إما في المسؤولية عن فعل الأشياء الحية (الحيوان)، فبعد أن كان يقيمها على أساس الخطأ الواجب الاثبات، قضى في سنة 1885 بأنها تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي، ثم أخذت هذه المسؤولية تواكب المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية وتسير في ركبها، ولا يتخلص المسئول في كلتا المسئوليتين من مسئوليته الا بإثبات السبب الأجنبي. فما هو هذا السبب الأجنبي؟

3 — لقد عرف القانون الروماني، الذي يعتبر مصدر القوانين الغربية، السبب الأجنبي، فاعتبر القوة القاهرة *vismajor* سببا معفيا من الالتزام، ثم أورد الفقيه أو لبيان *Ulpian* الظرف المفاجيء *le cas fortuit* الى جانب القوة القاهرة⁽¹⁾. ثم جاءت المادة 1148 من تقنين نابوليون فذكرت القوة القاهرة والحادث المفاجيء كسببين في اعفاء المدين العقلي من الالتزام، بعد أن عرفت المادة 1147 السبب الأجنبي بأنه هو الذي لا ينسب الى المدين.

(1) أرجع في ذلك الى مؤلف الأستاذ *r. Petit* القانون الروماني ص 1925 بند 465 ص 483.

ولما كان هذا التقنين لم يتعرض للسبب الأجنبي في مادة المسؤولية التقصيرية، فقد أخذ القضاء الفرنسي فكرة السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية من فكرة السبب الأجنبي المعفي من الالتزام العقدي ثم ألحق بالقوة القاهرة والحادث المفاجيء خطأ المضرور وخطأ الغير، وأصبح السبب الأجنبي يتمثل في هذه الأسباب الأربعة، فهل وردت على سبيل الحصر؟

4 — تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، تعليقا على السبب الأجنبي، بعد أن ذكرت أنه هو: القوة القاهرة، والحادث المفاجيء. وخطأ المضرور وخطأ الغير «على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر، فقد يكون السبب الأجنبي عيبا لاصقا بالشئ المتلف أو مرضا خامر المضرور⁽¹⁾. غير أنني أعتقد أن السبب الأجنبي ينحصر في هذه الأسباب الأربعة، أما ما أوردته هذه المجموعة من عيب ملاصق للشئ فقد استقر القضاء الفرنسي منذ حكمه الصادر في 13/2/1930⁽²⁾ في قضية جاندير jand'heur على عدم اعتباره سببا أجنبيا، كما استقر على اعتبار المرض المفاجيء غير معف من المسؤولية في قضية Trichard بتاريخ 18/12/1964⁽³⁾، وإذن فليس هناك سبب أجنبي غير هذه الأربعة.

5 — وقد حاول بعض الفقهاء التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء، فقال بعضهم إن القوة القاهرة حادث خارجي، بينما الحادث المفاجيء داخلي، ولكن لم يؤخذ بهذه التفرقة، واستقر القضاء الفرنسي على أن الحادث الداخلي لا يؤخذ في الاعتبار، كما سوف نرى، وأنه يشترط في الحادث المفاجيء. كما يشترط في القوة القاهرة، أن يكون خارجيا. كما حاول البعض الآخر أن يفرق بينهما بقوله أن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعها استحالة مطلقة، بينما الحادث المفاجيء هو الذي يستحيل دفعه استحالة نسبية،

(1) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 378.

(2) نشر حكم جاندير في داللو سنة 1930 عدد 1 برقم 57.

(3) داللو سنة 1965 برقم 191.

ولم يؤخذ كذلك بهذه التفرقة، وأصبح من المتفق عليه ان القوة القاهرة والحادث المفاجيء اسمان لمسمى واحد، ويشترط فيهما معا أن يكون مستحيلا الدفع استحالة مطلقة. وحاول البعض أن يفرق بينهما بقوله إن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعها، بينما الحادث المفاجيء هو الذي لا يمكن توقعه، ولم يؤخذ كذلك بهذه التفرقة بينهما، واستقر الرأي على ضرورة توافر الشرطين، عدم امكان الدفع، وعدم امكان التوقع في السببين معا، ولم يفرق القانون المدني الفرنسي ولا القوانين العربية بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء، وقد استعملنا في هذه القوانين بمعنى واحد. صحيح أن معناهما اللغوي مختلف، فالقوة القاهرة تتسم بشيء من العمومية والاستمرارية لفترة طويلة، بينما الحادث المفاجيء لا يتصف بهاتين الصفتين، فسقوط شجرة فجأة أمام سائق سيارة يضطر الى الانحراف عنها لتجنب الاصطدام بها فيرتكب فعلا ضارا، يستطيع أن ينفي مسؤوليته للحادث المفاجيء، لا للقوة القاهرة، وقيام حرب. أو حدوث فيضان يعتبران من قبيل القوة القاهرة لا من قبيل الحادث المفاجيء، ولكن على كل حال فان كليهما يعتبر قانونا سببا أجنبيا متساويا في الاعفاء من المسؤولية.

6 — ولقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيان على اشتراط شروط أربعة في السبب الأجنبي الذي يعفى من المسؤولية عن فعل الأشياء، لا سيما الأشياء غير الحية.

ففي بادىء الأمر كان يشترط في السبب الأجنبي شرطان، الأول هو عدم امكان الدفع Irrésistible insurmontable والثاني هو عدم امكان التوقع. ثم جاء حكم جاندير السابق الذكر واضاف شرطا ثالثا هو عدم نسبة السبب الى المسئول Non imputable، ولقد كان هذا الشرط مذكورا بالمادة 1147 من القانون المدني، ولكن كان مقصورا على المسؤولية العقدية حتى صدر الحكم المذكور فمد هذا الشرط الى المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية. ثم مالبت القضاء الفرنسي أن ابتكر شرطا رابعا في السبب

الأجنبي المعفي من هذه المسؤولية وهو شرط الخارجية *l'exteriorité*، وقد كان السبب في ابتكار هذا الشرط هو أنه كان على المضرور من فعل الشيء أن يثبت أن الضرر الذي حدث له من الشيء يرجع إلى وجود عيب فيه، وكان للمسئول أن يتخلص من مسؤوليته إذا نفي وجود عيب في الشيء. وظل الأمر كذلك منذ نشوء هذه المسؤولية في بلجيكا وبعد انتقالها إلى القضاء الفرنسي، إلى أن قررت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في سنة 1921 عدم الأخذ بالعيب الملاصق للشيء، ثم جاء حكم الدوائر المتجمعة في قضية جاندير السابقة الذكر ف قضى نهائيا على فكرة العيب، واعتبره سببا داخليا لا تأثير لوجوده أو لعدم وجوده على المسؤولية، واشترط من يومئذ في السبب الأجنبي أن يكون خارجيا عن الشيء بحيث لو أوقع الشيء حادثا بسبب كبح مكابح *le frein*، فإن هذا لا يعتبر سببا أجنبيا، بل هو سبب داخلي، ثم امتد شرط الخارجية من الشيء إلى الشخص، فإذا أصيب الشخص بمرض فجائي وسبب حادثا فإن مرضه هذا لا يعتبر سببا أجنبيا، لأنه داخلي، ثم امتد شرط الخارجية إلى طريق السير، بناء على اقتراح الفقيه ستارك *Starck* الذي اقترحه في مقال له نشر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1966⁽¹⁾، قال فيه أن العيب الذي يوجد في طريق سير السيارة، كحفرة في الطريق، لا يعتبر سببا أجنبيا، قياسا على العيب الذي يوجد في قضبان السكك الحديدية بالنسبة إلى القطار، فلو خرج القطار عن القضبان الحديدية العيب فيها، فلا يعتبر هذا سببا أجنبيا معفيا شركة السكك الحديدية من المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه خروج القطار عن القضبان.

7 — وهكذا استقر القضاء الفرنسي منذ صدور حكم الدوائر المتجمعة في قضية جاندير السابقة الذكر على أنه يجب أن تتوافر في السبب

(1) نشر هذا المقال برقم 644 وقد كرر ستارك اقتراحه هذا في مؤلفه الالتزامات ط 1972

الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الشيء شروط أربعة: أن يكون غير ممكن الدفع Irrésistible أو Insurmontable، وأن يكون غير ممكن التوقع Imprévisible، والأ ينسب الى المسئول npn imputable، وأن يكون خارجيا exterior عن الشيء، وعن الشخص، وعن طريق السير، وكان مقتضى ذلك الا يستطيع المسئول عن الضرر الذي يحدثه الشيء الا يستطيع التخلص من مسؤوليته الا بإثبات السبب الأجنبي الذي توافرت فيه هذه الشروط الأربعة. وقد كان من المفروض أن يستقر القضاء الفرنسي على ذلك منذ صدور حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير السابقة الذكر في سنة 1930، لا سيما بعد أن انتشر نظام التأمين من المسؤولية، وأصبح التأمين الزاميا بالنسبة لأصحاب السيارات.

8 — غير أن القضاء الفرنسي تذبذب بعد حكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر، واستمر تذبذبه أكثر من نصف قرن، أي حتى سنة 1982. فمن حيث شرط عدم امكان الدفع وعدم امكان التوقع كان المفروض ان يكون الاثنان مستحيلين استحالة Absolue، بمعنى أنه يستحيل على أي أمرىء مهما كان حذرا وحريصا أن يتغلب عليهما أو يتوقع حدوثهما، غير أن القضاء الفرنسي ما لبث ان تراجع بالنسبة الى شرط عدم التوقع فقضى بحكم صدر من الدائرة المدنية في سنة 1940 بأنه يكفي أن يكون عدم التوقع مستحيلا استحالة عادية معيارها الرجل العادي le bon père de famille، فأخذت هذه الدائرة تضيف الى شرط عدم التوقع صفة (عادة Normalement)⁽¹⁾، وفي ادخال هذا القيد تخفيف على المسئول الذي يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات أنه كان يستحيل عليه، كرجل عادي، أن يتوقع السبب الأجنبي، مع أنه رجل حريص ممتاز، لم يكن من المستحيل عليه توقع حدوث هذا السبب.

(1) أنظر حكم الدائرة المدنية في 1940/3/20 في جازيت دي باليه سنة 1941 عدد 1 برقم

9 — ومن حيث دور الشيء في إحداث الضرر، كان من المفروض ألا يعفى المسئول من المسؤولية عن فعل الشيء إلا بإثبات أحد الأسباب الأجنبية الأربعة السابقة الذكر، بشروطها الأربعة غير أن هذا القضاء فتح أمام المسئول عن فعل الشيء بابا للافلات من مسئوليته، وذلك بأن يثبت أن دور الشيء في إحداث الضرر كان سلبيا، متبنيا رأيا قال به الفقيه الفرنسي لالو Lalou في مقال له نشر في سنة 1933⁽¹⁾، وظل القضاء يسير على ذلك حتى سنة 1982، كما سوف نرى أنه قضى في هذه السنة بأنه يستوي أن يكون دور الشيء سلبيا أو إيجابيا.

10 — ومن حيث خطأ الغير باعتباره سببا أجنبيا، كان المفروض ألا يعفى من المسؤولية عن فعل الشيء إلا إذا توافرت فيه الشروط الأربعة، غير أن القضاء الفرنسي تراجع وصار يرتب على خطأ الغير الذي ساهم في إحداث الضرر اعفاء جزئيا إذا لم تتوافر فيه الشروط الأربعة، غير أن هذا الاتجاه لم يدم طويلا، إذ عدلت عنه الدائرة المدنية في حكم لها صدر في سنة 1934⁽²⁾، قررت فيه أنه إذا لم تتوافر في خطأ الغير الشروط الأربعة، فانه لا يترتب عليه أي اعفاء جزئي ويكون للمضرور أن يرجع على المسئول وحده بكل التعويض، على أن يكون للمسئول أن يرجع على الغير بنصيبه في التعويض، غير أنه لم يجز للمسئول أن يرجع على الغير إلا بطريق المسؤولية الخطئية، أي كان عليه أن يثبت ضده خطأ، طبقا لأحكام المادتين 1382، 1383، وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن افتراض المسؤولية عن فعل الشيء لم يشرع إلا لمصلحة المضرور فقط، غير أنه عدل عن هذا الرأي وأجاز للمسئول أن يرجع على الغير بحكم المادة 1384/1 متى كان خطأ هذا الغير مفترضا افتراضا لا يقبل اثبات العكس⁽³⁾.

(1) نشر لالو مقالته هذا في داللو الأسبوعي سنة 1933 ص 95.

(2) صدر هذا الحكم في 19/6/1934 ونشر في داللو، الأسبوعي سنة 1934 برقم 409.

(3) أنظر في ذلك: دروس في القانون المدني للأستاذ مازو ج 2 بند 585 ص 641 طبعة سنة 1978.

مع ملاحظة ان المراد بالغير هنا هو كل شخص أجنبي عن المسؤول، أي كل شخص لا يسأل عنه المسؤول مدنيا، وإذن فلا يعتبر التابع بالنسبة الى المتبوع غيرا، ولا يعتبر الموضوع تحت الرقابة بالنسبة الى متولي الرقابة غيرا. ويعتبر خطأ الغير الذي تتوافر شروط القوة القاهرة الأربعة فيه معفيا من المسؤولية ولو كان لم يعرف وظل مجهولا.

11 — أما من حيث خطأ المضرور *lafaute de la victime*، فقد كان من المفروض الا يعتبر سببا أجنبيا معفيا من المسؤولية عن فعل الشيء إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة الأربعة، غير أن الدائرة المدنية الثانية، وهي المختصة في محكمة النقض الفرنسية بالنظر في قضايا المسؤولية التفسيرية، تذبذبت بصدد هذا السبب تذبذبا طويلا، فبعد عام واحد من صدور حكم الدوائر المجتمعة في قضية جان دير السابقة الذكر، أصدرت هذه الدائرة حكما في سنة 1931 قضت فيه بإعفاء المسؤول عن فعل الشيء إذا أثبت خطأ المضرور، ولو لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة الأربعة، واستندت في ذلك الى أن المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي مسؤولية احتياطية *Subsidiaire* لا تطبق الا في حالة ما إذا لم يرتكب المضرور خطأ، فإذا ارتكب خطأ وجب الرجوع الى القواعد العامة، واستمرت الدائرة المدنية على هذا الرأي أكثر من خمسين عاما، على الرغم من صيرورة المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي قاعدة عامة لا احتياطية منذ سنة 1956.

غير أن هذه الدائرة خففت من غلوائها فأصدرت حكما في سنة 1934⁽²⁾ قضت فيه بتطبيق أحكام المادة 1/1834 وقالت فيه ان خطأ المضرور، الذي لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة الأربعة، يترتب عليه اعفاء المسؤول اعفاء جزئيا. ولكن هذا الحل كان يصطدم بعقبة كانت تتمثل

(1) صدر هذا الحكم في 1931/12/7 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1932 عدد 1 برقم 363.

(2) نشر هذا الحكم الصادر في 1934/4/13 في دالوز الدوري سنة 1934 برقم 567.

في أن من العسير قياس درجة خطأ المسؤول المفترض لمقارنته بخطأ المضرور
الواجب الاثبات حتى يقسم التعويض بينهما.

وكانت هذه الدائرة تخفض قيمة التعويض الذي يدفع للمضرور
كلما كان خطؤه جسيماً، أي انها أخذت بمقياس الجسامة، مع أن جسامة الخطأ
لا ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار، إذ رب خطأ جسيم لا يترتب عليه الا ضرر
تافه، ورب خطأ تافه يترتب عليه ضرر جسيم، ويجب ان يقدر التعويض بحسب
جسامة الضرر لا بحسب جسامة الخطأ أو تفاهته. بل ان قضاء الدائرة المدنية
الثانية ذهب الى أبعد من ذلك فقضى بأن مجرد فعل المضرور، ولو لم يكن
خاطئاً، ولو لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة الأربعة يترتب عليه اعفاء المسؤول
اعفاء جزئياً متى كان قد ساهم في إحداث الضرر⁽¹⁾.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يقيدوا فعل المضرور الذي يترتب عليه اعفاء
جزئي، فقال بعضهم أن هذا الفعل يجب أن يكون غير عادي Anormal، وقال
الأستاذ تونك Tunc انه يجب ان يكون غير مغتفر Inexcusable⁽²⁾.

ولم تكن الدائرة المدنية الأولى تسير الدائرة المدنية الثانية في اعتبار
فعل المضرور غير الخاطيء سبباً معفياً اعفاء جزئياً⁽³⁾، وكذلك الدائرة
المدنية الثالثة لم تأخذ بفعل المضرور غير الخاطيء لا في المسؤولية عن تهم
البناء ولا في المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

12 — وظل قضاء الدائرة المدنية الثانية مستمرا في هذا الاتجاه الى
سنة 1982، إذ عدلت عنه بصدد قضية شهيرة هي قضية ديمار

-
- (1) أنظر حكماً لها بهذا المعنى في 1969/11/20 نشر في المجلة المدنية سنة 1969 عدد 2 برقم 234.
(2) أنظر تعليق الأستاذ Tunc على حكم للدائرة المدنية الثانية صدر في 1934/4/12 ونشر في داللو
الدوري سنة 1934 برقم 567.
(3) أنظر حكماً للدائرة المدنية الأولى صدر في 1973/4/31 نشر في الأسبوع القانوني سنة 1973
برقم 17450.
(4) أنظر حكماً للدائرة المدنية الثالثة صدر في 1971/7/1 نشر في داللو الدوري سنة 1971 برقم
672.

Desmares، التي تتلخص في أن سائق السيارة ديمار صدم بسيارته الزوجين Charles اللذين كانا يجتازان الشارع ما شيين، فجرحهما جروحا بليغة، فرفعا دعوى ضده مطالبين بالتعويض طبقا لحكم المادة 1/1384، فدافع عن نفسه قائلاً إن هذين الزوجين لم يأخذا حذرهما من سرعة السيارة، واجتازا الشارع غير عابئين بالسيارات التي تأتي بسرعة عادية، وبأن الوقت كان ليلاً، وبأنه كانت هناك سيارة حجت عنه رؤية هذين الزوجين، وبأنه لم يكن لديه الوقت الكافي لوقف سيارته في الوقت المناسب لالتقاء الاصطدام بهما لأن المسافة بينه وبينهما كانت قليلة جداً.

ولم تأخذ المحكمة بأوجه دفاعه، وقضت بأن المسؤولية المنصوص عليها بالمادة 1/1384 لا تدحض الا بإثبات السبب الأجنبي الذي تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وبأن خطأ المضرور، ما لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة لا يترتب عليه أي إعفاء جزئي، وأصدرت الدائرة المدنية الثانية حكمها بذلك في 1982/7/21⁽¹⁾، وكان المستشار المقرر في هذا الحكم هو الأستاذ Charbonnier.

13 — وقد كان لهذا الانقلاب القضائي أثر مدو في الفقه، الذي رأى فيه أن قضاء محكمة النقض قد عاد الى الصواب، وطبق المبادئ التي أرساها حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير السابقة الذكر وهو الحكم الذي قضى بأن المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي لا تدحض الا بإثبات السبب الأجنبي بكل شروطه الأربعة، وعلقت عليه مجموعة أحكام القضاء المدني الكبرى بقولها. «إنه قد أصبح من الثابت أن المسئول عن فعل الشيء غير الحي لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته، ولو جزئياً إلا بإثبات السبب الأجنبي بكل شروطه، ولم يعد يستطيع أن ينفي مسؤوليته بإثبات أن دور الشيء في إحداث الضرر كان سلبياً، كما أن استحالة الدفع واستحالة التوقع

(1) نشر في دالوز الدوري سنة 1982 برقم 449 مع تعليق للفقير Larromet.

أصبحت استحالة مطلقة، بعد أن قضى هذا الحكم على القيد الذي كانت الدائرة المدنية الثانية قد ابتكرته وهو.. (عادة Normalement)، وأصبح السبب الأجنبي إما أن يعفى المسئول اعفاء كلياً إذا توافرت كل شروط القوة القاهرة فيه، وأما ألا يترتب عليه أي اعفاء جزئي إذا تخلف فيه أحد هذه الشروط. وأصبح خطأ المضرور غير ذي أثر على مقدار التعويض ما لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة الأربعة⁽¹⁾، هذا هو ما يتعلق بخطأ المضرور كسبب أجنبي.

14 — أما فيما يتعلق بالقوة القاهرة كسبب أجنبي معف من المسؤولية عن فعل الشيء، فقد كان من المفروض، عملاً بحكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير، أن يترتب على توافرها اعفاء كلي من المسؤولية، ولو ثبت أن المسئول قد اخطأ خطأً يسيراً غير مستغرق للقوة القاهرة. غير أن قضاء محكمة النقض تذبذب حيناً من الدهر في هذا الصدد كذلك، فرتب على القوة القاهرة، إذا صاحبها خطأ يسير من المسئول، تجزئة المسؤولية بين المسئول وبين القوة القاهرة، وقد حدث ذلك بصدد قضية la moricière، وهي تتلخص في أن الباخرة لأمر يسيّر، التي كانت تسير بين الجزائر ومارسيليا، غرقت في البحر الأبيض المتوسط في سنة 1942، إبان الحرب العالمية الثانية، على أثر قيام عاصفة هوجاء وترتب على غرقها هلاك أكثر من ثلاثمائة راكب، وقد رفع أهالي الضحايا قضايا ضد شركة الملاحة مطالبين بالتعويض، فأصدرت الدائرة التجارية لمحكمة النقض حكماً بتاريخ 19/6/1951⁽²⁾، قسمت فيه المسؤولية بين القوة القاهرة وبين شركة الملاحة فألزمت الشركة بخمس التعويض، ووضعت أربعة أخماسه على عاتق القوة القاهرة، وقالت في حكمها إنه لو لم يكن الفحم الذي

(1) مجموعة أحكام القضاء المدني الكبرى les grands arrêts de la jurisprudence civile الطبعة الثانية سنة 1984 ص 515—518.

(2) نشر في دالوز سنة 1951 برقم 717 مع تعليق للاستاذ ريبير Riport.

استعملته الشركة ردينا لاستطاعت محركات الباخرة أن تقاوم العاصفة، وإذن فشركة الملاحة مخطئة خطأ لا يستغرق القوة القاهرة، مع ملاحظة أن الدولة هي التي كانت تتولى توزيع الفحم أثناء الحرب، ولم تكن شركة الملاحة تستطيع اختيار الفحم، وقد كان ينبغي أن تكون القوة القاهرة وحدها هي السبب في غرق الباخرة، ما دامت قد توافرت فيها الشروط الأربعة، وما دام خطأ المسئول لا يستغرق القوة القاهرة.

وهكذا خالفت محكمة النقض المبدأ الذي يقضي بأنه إذا توافرت في السبب الأجنبي الشروط الأربعة، فإنه يعتبر معفياً من المسؤولية اعفاء كلياً، ويستغرق خطأ المسئول اليسير الذي لم يكن هو السبب الوحيد في أحداث الضرر.

غير أن محكمة النقض لم تلبث طويلاً في هذا الاتجاه، إذ فضت الدائرة المدنية الثانية في حكم لها صدر بتاريخ 12/12/1970⁽¹⁾، بأن القوة القاهرة، متى توافرت فيها الشروط الأربعة، يترتب عليها اعفاء كلي من المسؤولية إلا إذا اقترنت بخطأ من المسئول كان هو السبب الوحيد في حدوث الضرر.

وهذا الحكم يتفق مع الرأي القائل بأن توافر شروط القوة القاهرة بقطع علاقة السببية، ولا يدع مجالاً للبحث عن خطأ يسير في جانب المسئول، ما دام هذا الخطأ لا يستغرق القوة القاهرة⁽²⁾.

15 — وقبل أن انتقل إلى موقف القانون المدني الجزائري، لا يفوتني أن أذكر أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً بتاريخ 5/7/1985، خلاصاً بتحسين وضع المصابين من حوادث أدوات النقل التي يحركها محرك،

(1) نشر في جريس كلاسيرا الدوري سنة 1970 عدد 4 برقم 90.

(2) أرجع في ذلك إلى Tunc في مقال له بالجملة الفصلية للقانون المدني سنة 1946 برقم 171.

والتي تستعمل في النقل البري، وقد اكتفى هذا القانون بأن يكون لأداة النقل تدخل في أحداث الضرر *Impliqué*، سواء كانت متحركة أو ساكنة، وسواء كانت في وضع عادي أو غير عادي. وقد قسم هذا القانون المضرورين الى طائفتين، الطائفة الأولى تشمل كل من تزيد سنة عن 16 ولا تجاوز 70 سنة، وهذه الطائفة تعوز تعويضاً تاماً عن الأضرار الجسمية وليس للمسئول عن هذه الأضرار أن يتخلص من مسؤوليته حتى لو أثبت السبب الأجنبي بكل شروطه، ولا يعفيه من المسؤولية الا إثبات وقوع خطأ غير مغتفر *Ienexcusable* من المضرور، وقد فسر القضاء هذا الخطأ غير المغتفر بأنه هو الذي يعتبر خطأً جسيماً يرتكبه المضرور وهو على علم بخطورته وغير مضطر الى ارتكابه، وعلى المسئول أن يثبت أن هذا الخطأ كان يكتسي شروط القوة القاهرة، وأنه كان السبب الوحيد في أحداث الضرر.

أما الطائفة الثانية فتشمل كل صبي تقل سنه عن 16 سنة، وكل شيخ تزيد سنه عن 70 سنة، كما تشمل المعوقين *les Handicapés*، وهذه الطائفة تعوز تعويضاً تاماً عما أصاب كلا منها من أضرار جسمية، وليس للمسئول عن هذه الأضرار أن يتخلص من مسؤوليته، حتى بإثبات القوة القاهرة، ولا يعفيه من مسؤوليته هنا الا إثبات أن المضرور قد أراد إحداث الضرر بنفسه، كما لو كان قد أراد الانتحار، وان يكون هذا هو السبب الوحيد في إحداث الضرر.

وهكذا قضى هذا القانون على قوة السبب الأجنبي في الاعفاء من المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي.

16 أما موقف القانون المدني الجزائري من السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية، فيتضح لنا من نص المادة 127 منه، التي تقول: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجيء، أو

قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

ونص هذه المادة منقول حرفياً عن نص المادة 165 مدني مصري، ويتفق مع نص المادة 166 مدني سوري، ونص المادة 168 مدني ليبي، ونص المادة 211 مدني عراقي.

وإذا رجعنا الى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري⁽¹⁾ وجدنا أنها تعلق على نص المادة 165 بقولها: إنها تضع مبدأ عاماً يطبق على جميع أنواع المسؤولية، ومنها المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، وبمقتضى نص هذه المادة، يساوي خطأ المضرور وخطأ الغير، القوة القاهرة، ويشترط فيهما ما يشترط في القوة القاهرة من شروط، لا سيما استحالة الدفع واستحالة التوقع⁽²⁾.

وقد كرر القانون المدني المصري في المادة 178 ذكر السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي فذكر أنه هو الذي لايد للمسؤولية فيه، واكتفى بما ورد عن السبب الأجنبي بالمادة 165، التي وضعت المبدأ العام لهذا السبب، وكذلك فعلت القوانين العربية الأخرى وحذت حذوه. ومعنى ذلك أن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الشيء هو هو نفسه السبب الأجنبي المذكور بالمادة 165.

أما القانون المدني الجزائري فقد انفرد عن القوانين العربية بالنص في الفقرة الثانية من المادة 138، الخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، بقوله: «ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت ان ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة».

(1) أنظر الجزء الثاني من هذه المجموعة ص 363 وما يليها.

(2) أرجع في ذلك الى الوسيط للأستاذ السنهاوري ج 1 ص 996 طبعة بيروت لسنة 1973.

ويلاحظ على هذا النص أنه خالف المادة 127، الذي وضع المبدأ العام للسبب الأجنبي، فبينما أورد نص المادة 127 عبارة خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير اكتفى نص الفقرة الثانية من المادة 138 بعمل الضحية، وبعمل الغير، أي ولو يكن هذا العمل خاطئاً، ولعل هذا النص تأثر بما كانت تقضي به الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية قبل سنة 1982، غير أن هذه الدائرة، حين كانت تكتفي بعمل المضرور، لم تكن مطلقاً تكتفي بعمل الغير، بل ولم تكن تعتبر خطأ الغير سبباً أجنبياً معفياً إعفاء كلياً من المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، وكان هو السبب الوحيد في أحداث الضرر، فكيف إذن يجعل القانون المدني الجزائري مجرد فعل المضرور أو فعل الغير كافياً كسبب أجنبي معفٍ من المسؤولية عن فعل الشيء، ولو لم تتوافر فيهما شروط القوة القاهرة؟ بل إن النص الوارد بالمادة 138. قدم عمل الضحية وعمل الغير على القوة القاهرة، كما لو كانا هما الأصلين في الإعفاء، مع أن القوة القاهرة هي الأصل. إلى جانب ذلك خالف نص الفقرة الثانية من المادة 138 ما أجمع عليه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر من أن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية يجب أن يكون غير ممكن الدفع وغير ممكن التوقع، واكتفى باشتراط عدم التوقع فقط، وإذا كانت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية قد اكتفت أحياناً بشرط عدم إمكان الدفع، فإن هذا القضاء لم يكتف مطلقاً بشرط عدم إمكان التوقع وحده، وذلك أن السبب الأجنبي الذي يستحيل دفعه يستوي أن يكون متوقفاً أو غير متوقع، ما دام التغلب عليه كان مستحيلاً، بينما السبب الأجنبي الذي لا يتوقع حدوثه قد يمكن دفعه، فسائق السيارة الذي يسير ببطء في شارع في المدينة لا يتوقع أن يخرج طفل فجأة من باب منزل ويخترق الشارع، فلو حدث ذلك فإنه يستطيع وقف سيارته في الوقت المناسب فلا يدهس الطفل لأنه يستطيع (فرملة) السيارة التي تسير ببطء، فطبقاً للنص الجزائري لو دهس هذا السائق الطفل لاستطاع أن يتخلص من مسؤوليته بقوله أنه لم يكن يتوقع وجود

هذا الطفل أمامه، مع انه كان يستطيع وقف سيارته واتقاء الحادث. وإذا كان شرط عدم امكان الدفع يمكن أن يغني عن شرط عدم التوقع فإن العكس غير صحيح، واكتفاء النص الجزائري بشرط عدم امكان التوقع وحده غير مقبول. يضاف الى ذلك أن النص الفرنسي للفقرة الثانية من المادة 138، قلد ما كانت تقول به الدائرة المدنية الثانية قبل سنة 1982 من إضافة كلمة عادة Normalement، مما كان يجعل معيار استحالة التوقع هو معيار رب الأسرة الطيب le bonpère de Famille، مع أن استحالة التوقع يجب أن تكون مطلقة، بحيث يستحيل على أي انسان مهما كان حريصا أن يتوقع حدوث السبب. وقد خلا النص العربي من هذا القيد، الذي عدلت عنه الدائرة المدنية الثانية في حكم ديمار سنة 1982.

ويسوغ لنا أن نتساءل هل أراد المشرع الجزائري أن يخفف عن المسؤول عن فعل الشيء غير الحي، فاكتفى في اعفائه من هذه المسؤولية بتمسكه بمجرد فعل للضحية أو للغير لم يكن يتوقعه؟ ان هذا الافتراض سائغ لأن نص المادة 127 أجاز النص على ما يخالف حكمها، ولكن يبقى أن نتساءل لماذا أراد المشرع الجزائري التخفيف من المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي؟ مع أن القضاء الفرنسي، والقوانين العربية الأخرى، تميل الى التشديد من هذه المسؤولية، وتضييق الخناق على المسؤول عن فعل الشيء غير الحي حتى لا يفلت من مسؤوليته، لا سيما وقد انتشر نظام التأمين من هذه المسؤولية، وأصبح الزاميا بالنسبة الى السيارات، ولن يخسر المسؤول شيئا. ثم إن القوانين العربية الأخرى قصرت المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي على الأشياء الخطرة، والميكانيكية، التي تتطلب حراستها عناية خاصة، فإذا كانت تشترط لاعفاء المسؤول عنها إثبات السبب الأجنبي بكل شروطه، فمن باب أولي ينبغي ان يشترط القانون الجزائري اثبات السبب الأجنبي بكل شروطه لأن هذا القانون قد عمم هذه المسؤولية وجعلها تشمل كل الأشياء مهما كانت تافهة لا تحتاج حراستها إلا الى أقل قدر من العناية، فكيف يسمح خارس علبة كبريت أو شفرة حلاقة بأن يتخلص من مسؤوليته بإثبات أنه لم يكن يتوقع فعل المضرور أو فعل الغير؟

18 — لا مناص إذن من إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 138، بحيث تصبح على النحو التالي: «ويعفى من هذه المسؤولية حارس الشيء إذا أثبت أن الضرر قد حدث بسبب أجنبي لا بد له فيه» ولا داعي لإعادة تفصيل للسبب الأجنبي ما دامت المادة 127 قد تولت تفصيله.

وبهذا التعديل يتسق نص المادة 1/138 مع نص المادة 127، التي تعتبر القاعدة العامة للسبب الأجنبي، ويكون المشرع الجزائري قد ساير آخر مرحلة وصل إليها القضاء الرنسي في سنة 1982، وساير القوانين العربية الأخرى، وحقق الهدف الذي سعى إلى تحقيقه كل من التشريع والقضاء والفقه من تيسير حصول المضرور من فعل الشيء غير الحي على التعويض الذي سوف تتولى شركة التأمين دفعه، ولن يضير المسئول شيء إذا قامت شركة التأمين بدفع التعويض، ما دام يدفع قسط التأمين سواء ثبتت مسؤوليته أو أدرجت بإثبات السبب الأجنبي، وفضلا عن ذلك، فإن هذا التعديل سوف يقضي على خطأ شكلي وقع فيه النص العربي لهذه الفقرة، إذ ذكر عبارة «الحالة الطارئة» ترجمة لعبارة le Casfortuit أي الظرف المفاجيء أو الحادث المفاجيء، كما ورد في نص المادة 127، وفي نص المادة 178، أما إيراد عبارة «الحالة الطارئة» فهو، فضلا عن مخالفته للاصطلاح الشائع، قد يؤدي إلى الالتباس بالظرف الطاريء، الواردة في نص الفقرة الثالثة من المادة 107، الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، فالظرف الطاريء في معنى هذه المادة، يجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا له، لا مستحيلا بينما الحادث المفاجيء يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

يضاف إلى كل هذه الاعتبارات أن القضاء الجزائري قد خالف نص المادة 2/138، واتفق مع اجماع الفقه والقضاء والتشريع، فقضى

دائماً بضرورة توافر شرطي استحالة الدفع واستحالة
التوقع في السبب الأجنبي⁽¹⁾.

(1) أنظر على سبيل المثال قرارا للمجلس الأعلى أصدره في 1983/3/30، في القضية رقم
27429 المنشور في نشرة في ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1986، وقد ورد فيه أن:
«السبب الأجنبي هو الذي لا يمكن توقعه ولا تفاديه».

شرط التمييز في المسؤولية المدنية في فرنسا وفي القوانين العربية

1 — أسباب انعدام التمييز ترجع إما لصغر في السن، وإما لنقص في القوى العقلية، وإما للسكر أو تناول المخدرات، وإما للتنويم المغناطيسي.

وبالنسبة الى صغر السن، اختلفت التشريعات في تحديد سن التمييز، فبعضها حددتها بسبع سنين، وبعضها بثلاث عشرة سنة، وبعضها بست عشرة سنة، وبعضها ترك تحديدها للقضاء، كما هي الحال في فرنسا.

ولقد حددها المشرع الجزائري في المادة (2/42) مدني بست عشرة سنة، وهي سن متأخرة جدا بالنسبة الى الشريعة الاسلامية التي تعتبر الصبي مميزا إذا بلغ سبع سنين، ورشيدا إذا بلغ سن الحلم، أي حوالي أربع عشرة سنة، مما يترتب عليه أن يكون الصبي رشيدا في الشريعة الاسلامية وعديم التمييز في القانون المدني الجزائري.

وهي سن متأخرة بالنسبة الى القوانين العربية الأخرى، التي حددتها بسبع سنين، وعلى الرغم من عدم وجود نص يحدد هذه السن في القانون الفرنسي، فقد جرى القضاء الفرنسي على تحديدها بسبع سنين.

ثم هي سن متأخرة بالنسبة الى العصر الحالي، الذي انتشر فيه التعليم الالزامي منذ الطفولة، وكثرت فيه وسائل التربية والتهذيب، والاذاعة المسموعة والمرئية، وأصبحت الأمهات فيه متعلّمات يهذبن أولادهن منذ الطفولة، فتتضح عقليتهم مبكرا.

ثم هي متأخرة كذلك بالنسبة الى السن المحددة للمسئولية الجنائية، فالصبي الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره يسأل جنائيا وان كانت مسؤولية مخففة، (المواد 49، 50، 51 من قانون العقوبات) فكيف يكون مثل هذا الصبي مسئولا جنائيا وغير مسئول في الأصل مدنيا؟

فالمادة 1/125 من القانون المدني تنص على أن «يكون (ناقص) الأهلية مسئولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز» أي أن الأصل في المسؤولية المدنية ان يبلغ المسئول 16 سنة.

وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة قد قررت أنه يسأل استثناء مسؤولية جوازية ومخففة، فقد يكون معسرا والمضرور موسرا فلا يحكم عليه بأي تعويض، وقد يكون موسرا ولا يحكم عليه الا بنصف التعويض، وذلك لأن التعويض هنا لا يقدر بمقياس الضرر، بل بالنظر الى مراكز الخصوم، في حين أن مسؤولية من بلغ ثلاث عشرة سنة جنائيا مسؤولية واجبة لا جوازية، وقد تصل في المخالفات الى حد الغرامة (المادة 51 عقوبات)، وفي الجنايات التي يعاقب عليها بالاعدام أو بالسجن المؤبد يعاقب بالحبس من عشر سنوات الى عشرين سنة، أما في الجنايات الأخرى وفي الجنح، فيعاقب بنصف المدة المقررة لها (المادة 50 عقوبات).

ويستخلص من ذلك أن رفع سن التمييز مدنيا إلى 16 سنة لا يتفق مع مساءلة من تقل سنه عن 16 سنة جنائيا. ثم ان المشرع الجزائري قد خفض سن الرشد الى 19 سنة في المادة (2/40 مدني) بعد أن كانت 21 سنة، أي أنه رأى أن نضج الصبي يكون تاما إذا بلغ 19 سنة، فكيف يكون هذا النضج لم يبدأ الا منذ ثلاث سنين؟ كيف لا يبدأ التمييز من قبل النضج بعدة سنين؟ ان القوانين العربية الأخرى، التي جعلت سن التمييز سبع سنين، جعلت سن الرشد عشرين أو 21 سنة، أي ان التمييز فيها يمتد الى 13 أو 14 سنة، في حين أنه لا يزيد عن ثلاث سنين في القانون المدني الجزائري.

إلى جانب كل ذلك أجاز قانون الأسرة للقاضي ترشيد الصبي الذي يبلغ سن التمييز، (المادة 84). فكيف يصبح الصبي الذي كان بالأمس عديم التمييز وكل تصرفاته باطلة مطلقا، ولو كانت نافعة له نفعا محضا، رشيدا في اليوم التالي وكل تصرفاته صحيحة ولو كانت ضارة به ضررا محضا؟ لا سيما وان قانون الأسرة يعطي للمرشد حق التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بينما القوانين العربية الأخرى، التي تؤخر سن الترشيح إلى 18 سنة، لا تعطي للمرشد إلا القيام بأعمال الإدارة (المادة 112 مدني مصري وما يقابلها في القوانين التي حذت حذوه). نخلص من كل ما تقدم إلى أن القانون المدني الجزائري قد بالغ كثيرا في رفع سن التمييز إلى 16 سنة.

2 — ولما كانت المسؤولية المدنية قد قامت، في القانون الفرنسي القديم وفي تقنين نابوليون على ركن الخطأ، ولما كان عديم التمييز لا ينسب إليه خطأ، فقد كان شرط التمييز لازما لقيام هذه المسؤولية المدنية، وصار التمييز يسير مع الخطأ وجودا وعدما.

ولقد تأثرت قوانيننا العربية في هذا الصدد بالقانون وبالقضاء الفرنسيين، وجعلت الخطأ ركنا أساسيا في قيام المسؤولية المدنية.

ولو ألقينا نظرة سريعة على القوانين القديمة لوجدنا أنها لم تشترط لقيام هذه المسؤولية توافر الخطأ، وبالتالي، لم تتطلب التمييز لقيامها.

3 — ففي القانون الروماني، الذي هو مصدر القوانين الغربية، وعلى الأخص تقنين نابوليون، لم يكن الخطأ ركنا في المسؤولية المدنية، ولم يعرف إلا أخيرا في بعض الجرائم التدليسية.

أما في الشريعة الإسلامية، فقد كانت المسؤولية المدنية موضوعية، فالمسئول المتعدي يسأل عن التعويض ولو لم يكن مخطئا. والتعدي معناه أحداث الضرر بفعل المسئول مباشرة، دون توسط سبب بينهما، فمتى أتلّف

الشخص شيئاً ما بفعله، وجب عليه الضمان، أي التعويض، ولو كان غير مميز، وقد ورد عن فقهاء الشريعة الإسلامية قولهم. لو أن مولوداً حين خرج من بطن أمه سقط على متاع الغير فأثلفه لزمه الضمان، ولو أن مجنوناً مزق ثوب إنسان لزمه الضمان.

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ في المادة 916 ما يلي: «إذا أُلِفَ صبي مال غيره يلزم بالضمان من ماله، وإن لم يكن له مال، ينظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه» ومعنى ذلك أن الشريعة تلزم غير المميز بالتعويض عن فعله الضار من ماله الخاص، حتى لو كان له ولي، على عكس قوانيننا العربية التي تجعل الولي هو المسئول عن غير المميز، ولكن شريعتنا الغراء تتبع قوله تعالى: «كل نفس بما كسبت رهينة» «وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه» «ولا تزر وازرة وزر أخرى» أما إذا كان مرتكب الفعل الضار متسبباً، أي لم يكن فعله هو السبب المباشر في أحداث الضرر، بل توسط بين فعله وبين الضرر سبب آخر، فإنه لا يسأل عن الضمان إلا إذا كان قد تعمد أحداث الضرر، وفي ذلك تقول المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» وقد قال الأستاذ وهبه الزحيلي في مؤلفه «نظرية الضمان»⁽²⁾ «إن الفقهاء المسلمين قرروا مسئولية القصر والمجانين ونحوهم، عن كل فعل يصدر منهم، مما يدل على اتجاههم في التضمن نحو النزعة المادية».

4 — ثم أقام الفقهاء الكنسيون les Canonistes في القرون الوسطى، المسئولية على أساس فكرة الخطيئة le péché، فمن يرتكب فعلاً ضاراً يرتكب خطيئة في حق الله.

(1) مجلة الأحكام العدلية تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية، قام بإعدادها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ثم أصدرتها الدولة العثمانية سنة 1293 هـ وعمل بها في البلاد الإسلامية التابعة للدولة العثمانية يومئذ.

(2) نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ص 253 ط 1970.

ثم جاء القانون الفرنسي القديم وخلط فقيهاه دوما Domat وبوتيه Pothier، بين فكرة الخطيئة وفكرة الخطأ، وكانا أول من أقام المسؤولية على أساس الخطأ la faute، وأخذ عنهما تقنين نابوليون، فأسس المسؤولية التقصيرية في المادة (1382) على ركن الخطأ، ومن يومئذ صار غير المميز لا ينسب إليه خطأ، وبالتالي، غير مسئول، واستمر القضاء الفرنسي يقضي بعدم مسؤولية غير المميز، لاسيما في المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي حتى سنة 1964.

غير أنه كان يشعر بأن القول بعدم مسؤولية غير المميز فيه قسوة على المضرور، لا سيما بعد أن انتشر نظام التأمين من المسؤولية، وأصبحت شركات التأمين هي التي تتولى دفع التعويض، وصار المسئول يدفع أقساط التأمين، سواء أدفعت شركة التأمين التعويض أم لم تدفعه، ولذلك أخذ هذا القضاء يتلمس الوسائل الآتية للتخفيف من قسوته.

أولا — كان يشترط ألا يكون انعدام التمييز قد حدث بخطأ من عديم التمييز، بأن يكون قد تناول المسكر أو المخدر وهو يعلم أن تناوله لهما سوف يفقده التمييز⁽¹⁾، فيسأل حينئذ.

ثانيا — كان يشترط لعدم مسؤولية المجنون أن يكون جنونه مطبقا لا تتخلله أوقات إفاقه Intervalles lucides، فإذا كان لديه أي بصيص من الافاقة، فيفترض أنه ارتكب الفعل الضار في وقت الافاقة، وعليه أن يثبت العكس⁽²⁾.

(1) أنظر في ذلك حكم الدائرة المدنية الثانية في 15/12/1965، المنشور في دالوز سنة 1966 برقم 397.

(2) أنظر في ذلك حكم الدائرة المدنية الثانية في 28/4/1965، المنشور في دالوز سنة 1965 برقم 758.

ثالثا — كان يقضي بمسئولية الموظف، مدير المقاطعة، أو عمدة الناحية، الذي كان يجب عليه إدخال المجنون مستشفى الأمراض العقلية فلم يفعل وترك المجنون طليقا حتى ارتكب الفعل الضار⁽¹⁾.

رابعا — انتهى هذا القضاء باعتبار متولي الرقابة على القاصر، ولو كان هذا الأخير غير مميز، مسئولا عن فعله غير المشروع⁽²⁾.

خامسا — وبعد أن كان هذا القضاء يصر على عدم مسئولية غير المميز في نطاق المسئولية عن فعل الشيء غير الحي، لاسيما بعد أن انتقل من الحراسة القانونية *la grade juridique*، التي لم تكن تتطلب في الحارس أن يكون مميزا، الى الحراسة المادية أو المعنوية التي تقوم على سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة *l'usage, la direction et le controle*، وذلك بحكمه في قضية فرانك Franck في سنة 1941⁽³⁾، وهذه الحراسة تستلزم التمييز، كما يبدو من حكمه باشتراط ان يكون الحارس مميزا في سنة 1942⁽⁴⁾، وبحكمه في سنة 1947 بأن المجنون وعديم التمييز لا يسألان عن التعويض عن الأضرار التي تسببها الأشياء التي في حراستهما⁽⁵⁾.

بعد ذلك تحول القضاء عن موقفه السابق في قضية شهيرة عرضت عليه في سنة 1964، هي قضية تريشار Trichard.

(1) أنظر في ذلك حكم مجلس الدولة في 11/7/1952، المنشور في جازيت دي باليه سنة 1952 عدد 2 برقم 393.

(2) أنظر في ذلك حكم الدائرة المدنية الثانية في 25/1/1957، المنشور في داللو سنة 1957 برقم 163.

(3) أنظر حكم الدوائر المجتمعة لحكمة النقض في 2/12/1941، المنشور في داللو سنة 1942 برقم 28.

(4) أنظر حكم دائرة نفرض في 8/11/1942 المنشور في جيزيس كلاسير سنة 1944 عدد 2 برقم 2585.

(5) أنظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 28/4/1947، المنشور في داللو سنة 1947 برقم 329.

وتتلخص هذه القضية في ان تريشار كان مريضاً بالصرع l'épilepsie وكانت أزمات الصرع تتابه من حين الى آخر، فيستطيع في غير أوقات الأزمات ان يقود سيارته، وقد قادها في يوم من الأيام وهو في منتهى الصحة، غير أن أزمة الصرع Une crise d'épilepsie فاجأه أثناء السير ففقد وعيه، وانقلبت منه قيادة السيارة فاصطدمت بعربة يد كان المدعو Piecins يقودها فسقط على الأرض وأصيب بجروح، فرفع دعوى أمام محكمة اكس Aix على أساس المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، المنصوص عليها بالمادة 1/1384 (المقابلة للمادة 138 م.ج)، فقضت له المحكمة بالتعويض طبقاً لهذه المادة، وأيدت محكمة استئناف Aix هذا الحكم، فرفع تريشار نقضاً في حكم محكمة استئناف أكس، فأيدت محكمة النقض هذا الحكم وأصدرت الدائرة المدنية الثانية حكماً بتاريخ 18/12/1964⁽¹⁾، قررت فيه، لأول مرة مسؤولية عديم التمييز عن الضرر الذي يحدثه بشيء يقع تحت حراسته مع ملاحظة ان تريشار كان قد حكم ببراءته أمام القضاء الجنائي، مما ترتب عليه من يومئذ أن لا علاقة بين الضرر الذي يحدث بفعل شيء يقع تحت الحراسة، وبين الجريمة الجنائية، فلا ينشأ الضرر من هذه الجريمة، وانما ينشأ من خطأ في الحراسة.

وتترتب على هذا الاعتبار نتائج هامة، تتلخص فيما يلي:

أولاً — أن الحكم الجنائي لا حجية له بالنسبة الى الحكم الذي يصدر من المحكمة المدنية بصدد الضرر الناشئ عن فعل شيء في حراسة شخص، وهذا استثناء من المبدأ المنصوص عليه بالمادة (339 م.ج) التي تربط القاضي المدني بالحكم الجنائي فيما فصل فيه من وقائع كان فصله فيها ضرورياً.

(1) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1965 برقم 191 وعلق عليه الفقيه اسمان Esmein.

ثانياً — لا يجوز للمدعي المدني، المضرور من فعل الشيء، أن يرفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجزائية بالتبعية إلى الدعوى الجزائية، وذلك لأنه يشترط لرفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية بالتبعية إلى الدعوى الجزائية، أن يكون الضرر المدني ناشئاً عن الجريمة الجنائية، في حين أن الضرر في دعوى المسؤولية عن فعل الشيء، نشأ عن خطأ في الحراسة.

ثالثاً — إذا كان الأصل هو أنه إذا رفعت الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة جنائية إلى المحكمة المدنية، فعليها ألا لفصل فيها حتى يفصل القاضي الجزائي في الدعوى العمومية، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً: الجنائي يقف المدني *le Criminel tient le civil en état*، فإن هذه القاعدة لا يعمل بها إذا رفعت الدعوى المدنية عن الضرر الحاصل بفعل الشيء إلى المحكمة المدنية، فيكون لهذه المحكمة أن تفصل في الدعوى دون أن تنتظر الفصل في الدعوى العمومية المرفوعة أمام القضاء الجزائي.

6 — ولقد ترتب على الحكم في قضية تريشار، أن تأثر المشرع الفرنسي بهذا الانقلاب القضائي الذي حدث في سنة 1964، فأصدر قانوناً بتاريخ 1968/1/3 أدخل بمقتضاه مادة جديدة إلى القانون المدني تحمل رقم 2/489 تنص على أن كل من ارتكب فعلاً ضاراً وهو واقع تحت تأثير اضطراب عقلي، يسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر.

ومع أن هذه المادة وردت في الباب الخاص بالأشخاص الرشيدين الموضوعين تحت الرقابة لنقص في قواهم العقلية، فقد عمم القضاء الفرنسي حكمها حتى شمل غير الرشيد من القصر، وشمل جميع أنواع المسؤولية المدنية. فقد فضت الدائرة المدنية الثانية في حكم لها بتاريخ 1977/5/4⁽¹⁾

(1) نشر هذا الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1977 برقم 772.

بأن المادة 2/489 لا تنص على مسئولية خاصة، بل يسرى حكمها على جميع أنواع المسئولية المنصوص عليها بالمواد 1382 وما يليها. وقضت في حكم لها بتاريخ 1976/4/29 بمسئولية طفل لم يبلغ سن التمييز، وهو الذي يسمونه l'infans. تطبيقاً لنص المادة 2/489⁽¹⁾ وقالت ان حكم هذه المادة يطبق على القصر المجانين.

وهكذا أصبح عديم التمييز مسئولاً عن حراسة الشيء بنص القانون.

والواقع هو أنه كان على القضاء الفرنسي أن يصرف النظر عن شرط التمييز في المسئولية عن فعل الشيء غير الحي منذ أن قرر في سنة 1956 أن هذه المسئولية تقوم بقوة القانون De plein droit، فما دامت تقوم بقوة القانون، فلم يكن هناك محل فيها لشرط التمييز وكان ينبغي ألا ينتظر حتى سنة 1964 ليقتضي بالمسئولية عن فعل الشيء غير الحي على عديم التمييز، أي أن القضاء الفرنسي تأخر ثماني سنين في قضائه بهذه المسئولية على عديم التمييز:

7 — ما هو حكم مسئولية عديم التمييز في قوانيننا العربية؟

سبقت قوانيننا العربية المشرع الفرنسي والقضاء الفرنسي في اعتبار عديم التمييز مسئولاً مدنياً، فنصت المادة 2/164 من القانون المدني المصري على مايلي، بعد أن نصت في الفقرة الأولى على شرط التمييز، «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم» ومعروف أن القانون المدني المصري صدر في 1948، وعمل به في سنة 1949، وقد حذا القانون المدني السوري حذوه في المادة 2/165 منه، والقانون

(1) نشر هذا الحكم في الأسبوع القانوني سنة 1978 عدد 11 برقم 1893.

المدني الليبي، في المادة 167، وقريب من هذا الحكم القانون المدني العراقي في المادة 191، واللبناني في المادة 122، ثم جاء القانون المدني الجزائري فنقل نص الفقرة الثانية من المادة 164 مدني مصري حرفيا في المادة (2/125).

ولقد ورد هذا النص بين الأحكام العامة للمسئولية، وإذن فينبغي تطبيقه في كل أنواع المسئولية، ولقد طبق صراحة في مادة المسئولية المبنية على الرقابة، فنصت المادة (134/ م.ج) على مسئولية الرقيب عن العمل الضار الذي يقع من الموضوع تحت الرقابة ولو كان غير مميز ومن المتفق عليه أن التابع والمتبوع يجوز أن يكونا غير مميزين، ولسوف نرى فيما بعد أن حارس الشيء غير الحي يمكن أن يكون غير مميز.

ومسئولية عديم التمييز طبقا لقوانيننا العربية، مسئولية جوازية ومخففة. وتفصيل ذلك هو إما أن يكون لعديم التمييز من هو مسئول عنه، سواء كان رقيباً طبقاً لنص المادة (134 م.ج)، أو متبوعاً، طبقاً لنص المادة (136 م.ج)، وحينئذ يلزم المسئول عنه بدفع التعويض، ولا يجوز له أن يرجع بما دفع على عديم التمييز طبقاً لنص المادة (137 م.ج) لأن مسئوليته هنا أصلية، ومسئولية عديم التمييز تبعية.

وإما ألا يكون لعديم التمييز من هو مسئول عنه، أو يكون له من هو مسئول عنه ولكن يتعذر الحصول منه على التعويض، لأنه معسر مثلاً، أو لأنه استطاع أن يتخلص من مسئوليته طبقاً لنص المادة 2/135 الخاصة بالرقابة، والتي قضت بما يلي: «ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

في هذا الفرض الثاني يكون عديم التمييز هو المسئول عن دفع التعويض، ولكن تكون مسئوليته مخففة لأن التعويض فيها لا يقدر بقدر

الضرر كما هو مقرر مبدئياً، ولكن يقدر حسب مركز عديم التمييز ومركز المضرور، فإذا كان عديم التمييز موسراً والمضرور معسراً، جاز للقاضي أن يحكم على عديم التمييز بدفع كل التعويض، وإذا كان الأمر بالعكس، بأن كان عديم التمييز معسراً والمضرور موسراً، جاز للقاضي ألا يحكم على عديم التمييز بأي تعويض، وإذا كان الأثنان متوسطي الحال، لاهما موسران، ولاهما معسران، جاز للقاضي أن يحكم على عديم التمييز بتعويض متوسط أي بنصف التعويض المقدر للضرر، وهذا هو معنى قول النص: «بتعويض عادل» أما في نطاق المسؤولية عن الحراسة المنصوص عليها بالمادتين (138 و 139 م.ج)، فلم ينص المشرع على شرط التمييز أو عدمه، وقد حذا القانون المدني الجزائري حذو القانون المدني المصري في ذلك، مما حمل الأستاذ السنهاوري على القول بأنه يشترط في الحارس أن يكون مميزاً⁽¹⁾، لأن غير المميز لا ينسب إليه خطأ، ولم يوافق على هذا الرأي أغلب الفقهاء المصريين⁽²⁾.

وأنا بدوري لا أوافق على رأي الأستاذ السنهاوري، وأستند في رأيي إلى الأسانيد الآتية:

أولاً — أن نص المادة (2/164 مدني مصري) المقابل لنص المادة (2/125 م.ج)، يطبق على جميع أنواع المسؤولية، ولم يخصصه المشرع بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، والمبدأ المقرر هو أن النص العام لا يخصص إلا بنص مخصص، ولم يذكر المشرع شرط التمييز في المسؤولية عن الحراسة.

ثانياً — لقد انتهى الرأي في المسؤولية عن حراسة الشيء غير الحي إلى أن هذه المسؤولية تقوم بقوة القانون، ولا محل فيها لشرط الخطأ، ولا يسوغ القول فيها بضرورة التمييز لأن عديم التمييز لا ينسب إليه خطأ.

(1) ورد رأي الأستاذ السنهاوري في الوسيط ج 1 بند 735 ص 1242 ط بيروت سنة 1973.
(2) أنظر مثلاً سليمان مرقس في رسالته للدكتوراه التي قدمت لجامعة القاهرة سنة 1936 تحت عنوان دفع المسؤولية، فقرة 523، وأنظر عبد المنعم فرج الصده في مصادر الالتزام في الفقرتين 530—531.

ثالثا — وحتى لو سلمنا جدلا بقبول رأي الأستاذ السنهوري فإنه إذا ساغ قبوله في القانون المصري فإنه لا يسوغ في القانون الجزائري لاعتبارين، الاعتبار الأول، هو أن القانون المصري يخفض سن التمييز الى سبع سنين، والاعتبار الثاني، هو أن القانون يقصر المسؤولية عن فعل الشيء على الأشياء الخطرة، أي الأشياء التي تحتاج حراستها الى عناية خاصة، كالأسلحة وكذلك على الآلات الميكانيكية. ومن المعقول ألا يستطيع من لم تبلغ سنه سبع سنين حراسة هذه الأشياء الخطرة، فرأي الأستاذ سائغ ومعقول في القانون المصري، ولكنه غير سائغ ولا مقبول في القانون الجزائري، الذي رفع سن غير المميز الى 16 سنة، والذي عمم المسؤولية على جميع الأشياء، خطيرة أو غير خطيرة، صغيرة أو كبيرة، ومن المعقول والسائغ أن يقوم الصبي الذي بلغ 15 سنة أو 16 سنة إلا شهرا، بحراسة دراجة، أو علبة كبريت أو شفرة حلاقة. وإذن فرأي الأستاذ غير سائغ في القانون الجزائري.

رابعا — يتفق الأستاذ السنهوري مع الرأي الغالب في القول بأن المتبوع يجوز أن يكون غير مميز⁽¹⁾ مع أن مسؤولية المتبوع أشد من مسؤولية حارس الأشياء، إذ أن المتبوع لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إذا ثبتت مسؤولية التابع، حتى لو أثبت السبب الأجنبي، على حين أن حارس الأشياء يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي.

فإذا كان يجوز أن يكون المتبوع غير مميز، فمن باب أولى يجوز أن يكون الحارس غير مميز.

— هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يشترط في انعدام التمييز طبقا لنص المادة 489—2 أن يكون ناشئا عن اختلال في القوى العقلية، ومع

(1) أرجع الى مؤلفه الوسيط ج 1 بند 679 ص 1155.

انه عمم هذا الشرط على غير المميز لصغر في السن، فإنه لم يشأ أن يطبق النص على من فقد وعيه على أثر نوبة قلبية، فقد أصدرت الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض حكماً بتاريخ 1981/2/4⁽¹⁾ قضت فيه بأن من أصيب بنوبة قلبية ففقد وعيه وسقط على شخص فأصابه بجروح يعفي من المسؤولية، ولا يطبق عليه نص المادة 2/489 لأن فقد الوعي يجب، طبقاً لهذا النص، أن يكون ناشئاً عن خلل في القوى العقلية.

9 — وقبل أن أنتهي من هذا الموضوع لا يفوتني أن أشير إلى أن هناك قوانين غربية أخرى قد أخذت على غرار قوانيننا العربية، باخضاع مسؤولية غير المميز لتقدير القضاء، مثل القانون الألماني (المادة 827)، والقانون السويسري (المادة 54)، والقانون البلجيكي الذي أضاف بهذا الحكم مادة مكررة إلى المادة (1386)، والقانون اليوناني (المادة 918)، والقانون البولوني (المادة 29) والقانون السوفيتي (المادة 406) والقانون الإيطالي (المادة 1047).

(1) نشر هذا الحكم في جريس كلاسير الدوري سنة 1981 عدد 4 ص 136.

الخيرة l'Option أو عدم الخيرة

بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

1 — أصبح هناك ما يكاد يشبه الاجماع على ازدواج المسؤولية المدنية la dualité، بعد أن تقلص الرأي الذي كان ينادي بوحدة المسؤولية المدنية l'Unité، الذي كان يتزعمه الفقيه الكبير بلانيول Planiol، واستقر الفقه والقضاء اليوم على أن هناك نظامين للمسؤولية المدنية، نظام المسؤولية التقصيرية، ونظام المسؤولية العقدية، واعتبرت الأخيرة استثنائية لا تقوم الا بتوافر شروط معينة، وما لم تتوافر هذه الشروط فلا مناص من الرجوع إلى الأصل، وهو المسؤولية التقصيرية. فما هي هذه الشروط؟

لقيام المسؤولية العقدية، لابد من البديهي أن يقوم بين الطرفين، عقد، وان يكون صحيحا، وأن يحدث اخلال بالتزام مترتب على هذا العقد، وان ينشأ عن هذا الاخلال ضرر، وأن يصيب هذا الضرر أحد المتعاقدين أو خلفه. فلنعرض لتفصيل هذه الشروط باختصار:

3 — الشرط الأول: قيام عقد بين الطرفين، فلكي تقوم المسؤولية العقدية، لابد من أن يربط بين الطرفين عقد تام، وبهذا الصدد نتساءل عن نوع المسؤولية التي تترتب قبل تمام العقد وبعد انقضائه، أو ما سمي بالمسؤولية قبل التعاقد la période précontractuelle، وبعد انتهاء العقد la période postcontractuelle.

4 — فأما المسؤولية التي تترتب قبل إتمام العقد، وأثناء المفاوضات التي يجريها المتعاقدان بقصد إتمام العقد، فمن المنطق أن تكون تقصيرية ما

دام ليس هناك عقد، اللهم الا إذا كان هناك وعد من أحد التعاقدين التزم فيه بإرادته المنفردة بالبقاء عليه لمدة معينة، فإذا أخل بوعده هذا خلال المدة المعينة، فإن مسؤوليته تجاه الموعد له تكون عقدية، لأن هناك اخلالا بالتزام نشأ عن الارادة المنفردة. أما إذا لم يكن هناك وعد ملزم، وكانت هناك فقط مجرد مفاوضات متبادلة بين الطرفين، ثم قطع أحدهما هذه المفاوضات وترتب على قطعها ضرر للطرف الآخر، فلا بد من القول بأن المسؤولية هنا تقصيرية.

ومع ذلك فإن الفقيه الألماني إهرنج *ihérnj* رأى أن المسؤولية هنا عقدية ووضع بهذا الصدد نظريته الشهيرة *la culpa in contrahendo*، مستمدا أساسها من القانون الروماني الذي كان معمولاً به في ألمانيا قبل العمل بالقانون المدني الألماني في سنة 1900، وهذا القانون لم يكن يضع مبدأ عاماً للمسؤولية التقصيرية، بل لم يكن يرتب هذه المسؤولية الا إذا كان هناك نص يقضي بها، كما هي الحال في قوانين العقوبات اليوم، التي تقضي بأن لا عقوبة الا بنص، وبما أن قطع المفاوضات الذي يسبب ضرراً لم يكن منصوباً عليه، فقد اضطر إهرنج الا يدخله تحت طائلة المسؤولية التقصيرية، وقال إنه إذا اتصل طرفان ببعضهما بقصد إبرام عقد، قام بينهما عقد ضمني أو مقدمة عقد *Avant Contrat* باتمام العقد النهائي، فإذا أخل أحدهما بمقتضى هذا العقد الضمني كانت هناك مسؤولية عقدية.

غير أنه اعترض على نظرية إهرنج بأن المسؤولية التقصيرية قد أصبحت اليوم هي المبدأ العام الذي يطبق في كل الحالات دون حاجة الى نص خاص، كما كان يقضي القانون الروماني: ولا مناص من القول بأن المسؤولية التي تترتب قبل تمام العقد تكون تقصيرية.

5 — وأما المسؤولية التي تترتب بعد انتهاء العقد، فينبغي ان نفرق بصدها بين فرضين: الأول هو أن يكون الاخلاال قد حدث في التزام كان

منصوصا عليه في العقد، كما لو كان هناك عقد عمل اشترط فيه المتعاقدان ألا يفشي العامل أسرار صنع السلعة التي ينتجها المصنع، ثم أنهى العامل العقد وتعاقدا مع صاحب مصنع منافس للأول وأطلعه على أسرار صنع السلعة، فاستطاع أن ينافس المصنع الأول وأن يسبب له ضررا، فما من شك في أن مسؤولية العامل هنا عقدية، لأنه أخل بالتزام ناشيء عن العقد الذي انتهى.

أما إذا لم يكن العقد قد نص على هذا الالتزام، فلا مناص من القول بأن مسؤولية العامل الذي أفشى الأسرار تقصيرية.

وكذلك الأمر في إنهاء عقد عمل غير محدد المدة، فإذا أنهاه أحد المتعاقدين في وقت غير ملائم، فمع أن إنهاءه حق لكل منهما ما دام غير محدد المدة، فإن هذا الانهاء قد يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق ويرتب مسؤولية تقصيرية. ولقد استقر القضاء الفرنسي على أن كل تعسف في إنهاء العقد يربط مسؤولية تقصيرية.

والخلاصة هي أنه يجب أن يقوم عقد بين الطرفين حتى تكون المسؤولية عقدية.

6 — غير أن تساؤلا قد يعرض في هذا الصدد على الأخص في عقد النقل، فمتى يبدأ هذا العقد ومتى ينتهي؟ اختلفت الآراء حول هذا العقد هل يبدأ من وقت الحصول على بطاقة النقل، أو من وقت دخول محطة النقل، أو من وقت ركوب مركبة النقل؟

رأى بعض الفقه أن هذا العقد يبدأ من وقت أخذ بطاقة النقل، إذ يكون قد تم تبادل الإيجاب والقبول رتباطيهما ودفع أجر النقل، ولكن يعترض على هذا الرأي بأن المسافر قد يحصل على بطاقة النقل قبل السفر بوقت طويل، أو قد يعدل عن السفر ويرد البطاقة.

ورأى بعض آخر أن عقد النقل يبدأ أمن وقت دخول محطة النقل، وقد أخذ القضاء الفرنسي حيناً من الدهر بهذا الرأي، فقضى بالمسئولية العقدية لمسافر انزلق على رصيف المحطة بسبب الشحوم التي كانت عليه فأصيب بضرر، وقضى بالمسئولية العقدية لمسافر كان ينتظر وصول القطار وحين وصل اندفع الركاب النازلون من باب العربة فأصابوه بضرر.

غير أن الرأي انتهى إلى أن عقد النقل البري يبدأ من وقت امتطاء المركبة، وكل مسئولية تترتب قبل ذلك تكون تقصيرية. وكذلك استقر الرأي قضاء على أن هذا العقد ينتهي بخروج المسافر من محطة الوصول. وإذا فرضنا أن المسافر لم ينزل من المركبة في محطة الوصول نسيانا منه أو لعدم الاهتداء إليها، وأصابه ضرر أثناء الفترة التي تجاوز فيها المحطة المقصودة، فإن المسئولية تكون تقصيرية، لأن عقد النقل يكون قد انتهى بوصول الراكب إلى المحطة المقصودة.

7 — الشرط الثاني: ان يكون الاخلال بالالتزام قد حدث أثناء قيام عقد صحيح، وإذن فإن كان العقد قد نشأ من بادئ الأمر باطلاً، فبما أن للبطلان أثراً رجعياً *effet rétroactif*، فإن البطلان يجعل العقد كأن لم يكن، وتكون المسئولية التي تترتب عليه تقصيرية. والأمر كذلك، إذا فسخ العقد، فإن للفسخ أثراً رجعياً، فإذا ترتب على الفسخ ضرر فإن المسئولية عنه تكون تقصيرية (المادة 119 م.ج).

وإذا كان العقد قابلاً للإبطال، فطالما أنه لم يقض بابطاله، فإنه يكون صحيحاً منتجاً لكل آثار العقد الصحيح، وكل اخلال بالتزام فيه يترتب مسئولية عقدية. أما إذا قضى بابطاله فإنه يصبح كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً، وتكون المسئولية التي تترتب عليه بعد ابطاله تقصيرية.

ويلاحظ أنه طبقاً لنظرية *la culpa in contrahendo*، تعتبر المسئولية عقدية، لأنه يرى أن الطرفين قد اتجهتا إرادتهما إلى إبرام عقد صحيح،

فإذا لم يكن العقد صحيحاً فإن مسؤولية من كان منهما سبباً في عدم الصحة تكون عقدية، ولم يؤخذ عندنا بنظرية اهرنج.

8 — الشرط الثالث: ان يحدث اخلال بالتزام ناشيء عن هذا العقد، سواء كان الاخلال هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ويشترط ان يكون الالتزام الذي حدث الاخلال به قد نشأ من العقد، سواء كان التزاماً قانونياً، أو اتفاقياً، أو قضائياً، مثل الالتزام بالسلامة الذي ابتكره القضاء الفرنسي في عقد النقل *L'obligation de sécurité*، وقد أخذ به التشريع الجزائري في المادة (62 تجاري).

فإذا كان الضرر قد حدث بمناسبة العقد ولكن ليس من الاخلال بالتزام فيه، فالمسؤولية تقصيرية، مثال، ذلك أن ينقل أحد المتعاقدين الآخر بسيارته لاطلاعه على محل العقد فيحدث ضرر للمنقول، فإن مسؤولية الناقل لا تكون عقدية بالنسبة الى عقد البيع، لأن الضرر لم يحدث من اخلال بالتزام عقدي ناشيء عن عقد البيع، وقد تكون المسؤولية عقدية بالنسبة الى عقد النقل ان كان بأجر، أو تقصيرية ان كان المقل بدون أجر. ومن المسلم به أن مجرد الاخلال بالتزام عقدي ينشأ عنه ضرر يترتب مسؤولية عقدية.

9 — الشرط الرابع: أن يصيب الضرر أحد المتعاقدين أو خلفه العام، فإذا أصاب الضرر الناشيء عن الاخلال بالتزام عقدي شخصاً أجنبياً عن العقد فالمسؤولية تقصيرية.

ويعتبر المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير طرفاً في عقد الاشتراط على الرغم من أنه لم يشترك في ابرامه، وذلك لأن حقه ينشأ مباشرة من هذا العقد ولا يتوقف على اظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط، وما أظهار رغبته الا تثبت لحقه، ومانع من حق المشتري في النقص، وللمنتفع أن

يطالب المتعهد بالوفاء بالتزاماته، وللمتعهد أن يحتج عليه بالدفع التي تنشأ من العقد (المادة 166/2 م.ج) وبهذه المناسبة جرى القضاء الفرنسي على أن لأقارب المنقول الذي توفي أثناء النقل الحق في رفع دعوى عقدية ضد الناقل يطالبونه فيها بالتعويض عما أصابهم شخصيا من ضرر بسبب وفاة المنقول، وقد استند في ذلك الى أن المنقول قد اشترط اشتراطا ضمنيا لمصلحة ذوية *Stipulation pour autrui tacite*، ولعله استند في ذلك الى نص المادة (1122 م.ف) التي نصت على أنه يفترض أن الشخص قد اشترط لنفسه ولورثته وذويه، الا إذا ظهر عكس ذلك من شرط صريح في العقد أو من طبيعة هذا العقد وقد أتى هذا النص بعد نص المادة (1121) على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير.

وبما أن مثل نص المادة 1122 م.ف غير وارد عندنا، وان المادة (116) م.ج المقابلة للمادة (154 م.م) قد اقتضت على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير، فلا محل لتقليد القضاء الفرنسي عندنا.

ولذا فإنني لا أوافق الأستاذ السهوري⁽¹⁾، ولا الأستاذ أنور سلطان⁽²⁾، على رأيهما في الأخذ برأي القضاء الفرنسي القائل بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير، فليس في تشريعاتنا الا اشتراط صريح لمصلحة الغير. لا سيما وأنه يترتب على رأي القضاء الفرنسي خرق للمبدأ الذي سار عليه، والذي أخذت به أغلبية الفقه عندنا، وهو مبدأ عدم الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لأن القضاء الفرنسي يجيز لهؤلاء الأقارب أن يتمسكوا بالمسؤولية العقدية طبقا للاشتراط الضمني لمصلحة الغير، أو بالمسؤولية التقصيرية لأنهم حين يطالبون بتعويض ما أصابهم شخصيا من

(1) الوسيط ج1، ص 640 بند 375 هامش 1.

(2) مصادر الالتزام ص 348 بند 290.

ضرر بسبب وفاة المنقول، يعتبرون من الغير. وهكذا قد يعتبرون أطرافاً في العقد وقد يعتبرون من الغير، وفي ذلك تحبط غير سائغ ولذلك فاني أرى أن ليس لهؤلاء الأقارب حين يطالبون بالتعويض عما أصابهم شخصياً من ضرر Dommage par Ricochet إلا التمسك بالمسئولية التقصيرية فقط. أما حين يطالبون بالتعويض عما أصاب المنقول بضرر، Domage transmis، وكان المنقول متعاقداً، فانهم يتمسكون بالمسئولية العقدية، التي كان للمنقول أن يتمسك بها.

10 — إذا توافرت الشروط الأربعة قامت المسئولية العقدية ولكن هل يجوز للدائن في هذه الحالة أن يعدل عن المسئولية العقدية التي توافرت شروطها وأن يطالب المدين طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية التي قد تكون أصلح له؟ هذا هو الذي أثار مشكلة الخيرة l'Option أو عدم الخيرة بين المسئوليتين، وكان يقال عنها الجمع أو عدم الجمع Cumul ou noncumul، والواقع هو أنه ليس هناك جمع بين المسئوليتين، وإنما هناك اختيار أحدهما، أو بمعنى أدق، انتقال من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية، ولا يمكن أن يكون هناك انتقال من المسئولية التقصيرية إلى المسئولية العقدية التي لم تتوافر فيها شروطها. والواقع هو أن المسئولية العقدية أصلح للدائن من المسئولية التقصيرية لأن عبء الإثبات في الأولى يقع على عاتق المدين، بينما يقع في الثانية على عاتق الدائن.

غير أنه قد تكون للدائن مصلحة في الانتقال إلى المسئولية التقصيرية والعدول عن المسئولية العقدية في الحالات الآتية:

11 — الحالة الأولى: هي حالة ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على إعفاء المدين من مسئوليته العقدية أو على التخفيف منها، ومثل هذا الاتفاق جائز سواء في فرنسا أو عندنا، وقد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (178 م.ج) بقولها: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية

مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم»، وإذا كان النص قد اقتصر على الاعفاء، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على التخفيف. وعلى ذلك فإذا اتفق المتعاقدان على اعفاء المدين من مسؤوليته العقدية أو على التخفيف منها، وأخل المدين بأحد التزاماته وحدث ضرر للدائن، فيكون من مصلحته أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية التي لا يجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف منها، طبقاً لما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة (178 م.ج)، التي تقول: «ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي» أي عن المسؤولية التقصيرية. ومن المتفق عليه عندنا، أن هذا النص، المقابل لنص المادة 3/217 مدني مصري، و 3م/218 لبي و 1/259، 2 مدني عراقي، يعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته. أما في فرنسا، فبما أنه لا يوجد في القانون المدني نص مماثل لنصوص قوانيننا، فقد شب خلاف حاد هناك حول جواز مثل هذا الاتفاق أو عدم جوازه، وقد قررت أغلب الأحكام القضائية عدم جوازه، وبمثل ذلك قالت أغلبية الفقه، أما الأقلية فقد أجازته في بعض الأحوال. فقد رأى الفقيه الفرنسي F.Chabas جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، ولم يعتبر أحكامها من النظام العام، غير أنه استثنى من هذا الجواز الخطأ العمدى أو الجسيم من المدين، والضرر الذي يصيب جسم الانسان، فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية إذا كان الضرر قد حدث بخطأ متعمد أو جسيم من المدين، أو كان الضرر قد أصاب جسم الانسان، لأن لهذا الجسم حرمة، أما فيما عدا ذلك فهو يرى أنه لا مانع من الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

(1) ارجع في ذلك الى الجزء الثالث، المجلد الثاني من مؤلف: المسؤولية المدنية لمازوط 1983 البنود 2568 وما يليها.

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بعقود الازدعان *les Contrats d'adhésion*، إذا ورد شرط الاعفاء أو التخفيف فيها، فإن الأمر يختلف عندنا عما هو في فرنسا، حيث لا يوجد نص خاص بهذه العقود في القانون المدني الفرنسي، فإذا وجد اتفاق على الاعفاء أو على التخفيف من المسؤولية العقدية في عقد من عقود الازدعان، فيجري عليه من الأحكام ما يجري على العقود الأخرى في فرنسا، أما عندنا فقد ورد نص صريح في القانون المدني الجزائري، أسوة بالقوانين العربية الأخرى، هو نص المادة 110 م.ج التي تقضي بما يلي: «إذا تم العقد بطريقة الازدعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» وطبقا لهذا النص، فإن للطرف المذعن دائما كان أو مدينا، بدلا من أن ينتقل من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية، ان يطلب تعديل الشروط التعسفية أو اعفائه منها.

12 — الحالة الثانية: هي حالة ما إذا كان العقد قد تضمن شرطا جزائيا *Clause pénale* يحدد التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه إذا ما أخل بتنفيذ التزامه، طبقا لنص المادة (183 م.ج)، فإذا تجاوزت قيمة الضرر مقدار القيمة المحددة للتعويض، كما لو كانت العملة المتفق عليها قد انهارت قيمتها الشرائية، فلا يجوز للدائن، طبقا لقوانيننا العربية، أن يطالب المدين بأكثر من القيمة المحددة في الشرط الجزائي إلا إذا أثبت عليه غشا أو خطأ جسيما (المادة 185 م.ج)، وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى، وعلى ذلك، فإذا لم يرتكب المدين لا غشا ولا خطأ جسيما، أو إذا عجز الدائن عن اثبات غش المدين أو خطئه الجسيم، أو كان المدين قد اشترط اعفائه من الغش أو الخطأ الجسيم اللذين يرتبتهما أشخاص يساعدونه في تنفيذ التزامه، ومثل هذا الاتفاق جائز عندنا، طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة (178 م.ج) وما يقابلها من النصوص العربية الأخرى، في حين أن القضاء الفرنسي يرفضه، ويساوي بين غش المدين أو خطئه الجسيم وبين

غش مساعديه أو خطئهم الجسيم، ففي هذه الفروض يكون من مصلحة الدائن عندنا أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على تعويض تتفق قيمته مع قيمة الضرر الذي أصابه.

أما في فرنسا، فقد كانت المادة 1152 لا تجيز للقاضي لا زيادة المبلغ المحدد بالشرط الجزائي ولا تخفيضه عملاً بمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ولكن بعد أن انتشرت ظاهرة التضخم في العملات l'Inflation، اضطر المشرع الفرنسي الى ادخال فقرة ثانية على المادة 1152، بقانون صدر في 1975/7/9، أجازت للقاضي زيادة المبلغ المقدّر للتعويض بالشرط الجزائي أو تخفيضه إذا رأى أنه تافه أو مبالغ فيه، وبعد أن كانت الزيادة أو التخفيض لا يتان الا بطلب من الدائن أو المدين، صدر قانون بتاريخ 1985/10/11، جعل للقاضي سلطة الزيادة أو التخفيض من تلقاء نفسه D. office، وعلى ذلك ففي فرنسا، لا محل لعدول الدائن عن المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية إذا قلت قيمة التعويض المحددة بالشرط الجزائي، وما عليه الا أن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها بزيادة القيمة المقدرة بالشرط الجزائي حتى تساوي قيمة الضرر الذي أصابه.

13 — الحالة الثالثة: هي حالة ما إذا كان التزام المدين التزاماً ببذل عناية Obligation de moyens، لا يسأل عن الإخلال به إلا إذا أثبت الدائن خطأ عليه، وأنه لم يبذل في تنفيذه عناية الرجل المعتاد le bon père de famille، مثل التزام الطبيب بعلاج المريض، وكان الضرر الذي أصاب الدائن قد حدث بواسطة آلة جراحية استعملها الطبيب، فيكون من مصلحة الدائن هنا (المريض)، أن يرجع على الطبيب بالتعويض طبقاً لحكم المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء (المادة 138 م.ج) لكي يتخلص من عبء إثبات الخطأ الذي تتطلبه المسؤولية العقدية، في حين أن الخطأ مفترض في المسؤولية التقصيرية افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي، القوة القاهرة، الحادث المفاجيء خطأ المضرور أو خطأ الغير (المادة 138 م.ج).

وكذلك الأمر إذا كان الضرر الذي أصاب الدائن قد حدث بفعل تابع للمدين تعاقداً مع الدائن لمصلحة المتبوع وارتكب خطأ في تنفيذ الالتزام أضر بالدائن، مع ملاحظة أن على المتبوع تنفيذ الالتزام كأصيل، ولكن قد يعهد بتنفيذه إلى تابعه، ففي مثل هذا الغرض تكون للدائن مصلحة في أن ينتقل إلى المسؤولية التقصيرية للمتبوع عن فعل تابعه، والمتبوع مسئول عن فعل تابعة مسؤولية لا تدحض حتى باثبات السبب الأجنبي (المادة 136 م.ج).

14 — الحالة الرابعة: من مصلحة الدائن أن يترك المسؤولية العقدية وينتقل إلى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على التعويض عن الضرر الذي لم يكن متوقفاً عند التعاقد، فقد نصت المادة (182 م.ج)، أسوة بالقوانين العربية الأخرى، على مايلي: «غير أنه إذا كان التعويض مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

أما إذا كان التعويض مصدره الفعل الضار، فهناك اجماع عندنا وفي فرنسا، على أن يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، إذ أن التوقع غير متصور في الفعل الضار الذي لا يعرف فيه عادة المضرورة المسئول، ولذا فمن مصلحة المتعاقد أن ينتقل إلى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على تعويض الضرر الذي لم يكن متوقفاً عند التعاقد، بل وفي فرنسا رأى قوى يرى التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر غير المباشر إلى جانب الضرر المباشر، ويستند هذا الرأي إلى أن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية لم تخصص التعويض بالضرر المباشر، وأنه إذا كانت المادة 1151 مدني فرنسي قد حددت التعويض في المسؤولية العقدية بالضرر المباشر، فإنها لا تطبق في المسؤولية التقصيرية. ولقد أخذ التقنين المدني اللبناني في المادة 261 منه بهذا الرأي، فجاء نصها كما يلي: «يجب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على سبيل التخصيص والافراد».

15 — الحالة الخامسة: من مصلحة الدائن أن ينتقل من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لكي يستطيع الحصول على التعويض عن الضرر الأدبي le préjudice moral، لأن هناك ما يشبه الاجماع اليوم على وجوب التعويض عن هذا الضرر في المسؤولية التقصيرية، بينما التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية كان وما زال محل خلاف كبير، ولسوف أفصل موضوع التعويض عن هذا الضرر فيما بعد.

16 — الحالة السادسة: من مصلحة المضرور عقديا أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية ليطلب بتعويض ما أصابه من ضرر دون سبق توجيه اعدار الى المدين، في حين أنه لا يستطيع أن يطلب بالتعويض في المسؤولية العقدية الا بعد اعدار المدين.

ذلك أنه بعد أن نصت المادة (179 م.ج) على أنه «لا يستحق التعويض الا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك» جاءت المادة (181) باستثناءات من هذا المبدأ فنصت على أنه لا ضرورة للاعدار إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، أي عن مسؤولية تقصيرية.

17 — الحالة السابعة: فيما يتعلق بالمدة المقررة لسقوط الالتزام بالتقادم، جرى العمل في فرنسا على أنه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تقصير مدة التقادم في المسؤولية العقدية، بينما الاتفاق على تقصير مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية غير جائز هناك، والسبب في ذلك هو عدم وجود نص في تقنين نابوليون يمنع من الاتفاق على تقصير مدة التقادم، وبما أن كل ما يتعلق بالمسؤولية العقدية ليس من النظام العام، بل يرجع الى مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجاز لهما الاتفاق على مدة تقادم يسقط بمضيها الالتزام، بينما المسؤولية التقصيرية تعتبر في الرأي الراجح من النظام العام، وبالتالي فلا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم فيها، لا سيما وان الطرفين فيها غالبا لم يلتقيا قبل وقوع الفعل الضار حتى يستطيعا أن يتفقا على مسدة تقادم معينة.

وعلى ذلك فطبقا لما جرى به العمل في فرنسا، إذا اتفق المتعاقدان على تقصير مدة التقادم، فمن مصلحة المضرور ان ينتقل الى المسؤولية التقصيرية التي تطول فيها مدة التقادم أكثر.

وليس الأمر كذلك عندنا، فقد نصت المادة (322 م.ج) على أنه «..... لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون»، وهي تقابل المواد (1/388 م.م) و (1/389 م.س) و (1/390 م ليبي) و (232 م. عراقي)، وبما أن القانون قد حدد مددا معينة لسقوط الالتزامات العقدية، في المواد (308 م.ج وما يليها)، فإنه لا يجوز الاتفاق عندنا على مدد تقصر عن هذه المدد أو تطول، وليس للدائن عندنا مصلحة في الانتقال من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لزيادة مدة التقادم.

18 — الحالة الثامنة: فيما يتعلق بتضامن المدينين في المسؤولية التقصيرية، نصت المادة (126 م.ج) التي تقابل المواد (169 م.م) و (170 م.م) و (72 م.ل)، على أنه: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...».

وإذن فالمدينون في المسؤولية التقصيرية متضامنون في دفع التعويض عندنا، وللمضرور أن يرجع على كل منهم بكل التعويض. أما في المسؤولية العقدية فلا تضامن بين المدينين بقوة القانون، ولا يتحقق التضامن بينهم إلا بالاتفاق أو بنص في القانون (المادة 217 م.ج) وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى.

وعلى ذلك فمن مصلحة المضرور عقديا ان ينتقل، طبقا لتشريعاتنا، من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على التعويض كله من أي من المدينين، إذا لم يكن هناك اتفاق أو نص على التضامن في المسؤولية العقدية، لا سيما إذا كان أحد المدينين موسرا أو مؤمنا.

أما في فرنسا، فما أن تقنين نابوليون لم يورد نصا خاصا بالتضامن في المسؤولية التقصيرية، فقد اضطر القضاء هناك الى ابتكار التضامن In Solidum، وهو يشبه التضامن la Solidarité من ناحية أن للمضروب أن يطالب أيا من المسؤولين بكل التعويض.

ويرجع الخلاف بين التضامن والتضامن الى أن الرأي السائد في فرنسا يعتبر أنه إذا تعدد المسؤولون فان خطأ كل واحد منهم ينظر اليه باعتبار أنه مستقل ومتميز عن أخطاء الآخرين، وبالتالي، يتعدد مصدر التعويض، وهذا هو ما يميز الالتزام التضامني.

أما السائد عندنا، فيعتبر الضرر ناشئا عن كل خطأ من الأخطاء المتعددة، فيكون مصدر التعويض واحدا، وهذا هو ما يميز الالتزام التضامني.

والى جانب ذلك، ففي التضامن، يمثل المتضامنون بعضهم بعضا فيما ينفعهم، لا فيما يضرهم، أما في التضامن، فلا ينوب المتضامنون بعضهم عن بعض، لا فيما ينفعهم، ولا فيما يضرهم.

أما فيما عدا ذلك ففي التضامن وفي التضامن، للمضروب أن يرجع على أي من المدينين بكل التعويض، وعلى ذلك فللمضروب عقديا، سواء عندنا أو في فرنسا، مصلحة في أن ينتقل من المسؤولية العقدية التي لا يوجد فيها اتفاق ولا نص على التضامن أو التضامن، الى المسؤولية التقصيرية المقرر فيها التضامن قانونا عندنا، وقضاء في فرنسا.

19 — الحالة التاسعة: تتمثل في نطاق تنازع القوانين من حيث المكان، في القانون الدولي الخاص. فيقضي هذا القانون بأن للمتعاقدين في عقد دولي أن يختارا قانون دولة معينة ليطبق على عقدهما (المادة 18 م.ج) وما يقابلها من النصوص العربية الأخرى، وهو مبدأ عالمي متفق عليه بما يكاد يشبه الاجماع، تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة l'autonomie de la volonté.

وعلى ذلك فإذا اختار المتعاقدان قانونا يطبق على عقدهما، وإذا حدث إخلال بالتزام مترتب على هذا العقد، واعتبر هذا الإخلال فعلا ضارا، وكانت أحكام المسؤولية العقدية المقررة في القانون المختار مجحفة بالدائن، بينما أحكام قانون محل وقوع الفعل الضار منصفة له، فيكون من مصلحته أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية طبقا لنص المادة (20 م.ج) التي تخضع الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

20 — الحالة العاشرة: إذا أُجيز للمضروب عقديا أن ينتقل من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا خسر دعواه التي رفعها على أساس المسؤولية العقدية يجوز له أن يرفع دعوى جديدة على أساس المسؤولية التقصيرية دون أن يصطدم بعقبة حجية الشيء المقضي *l'autorité de la chose jugée*. وهذا هو ما أخذ به القضاء الفرنسي⁽¹⁾. معتبرا أن السبب مختلف، في حين أن حجية الشيء المقضي به تستوجب اتحاد السبب الى جانب اتحاد المحل واتحاد الخصوم، وقد اعتبر سبب المسؤولية العقدية مختلفا عن سبب المسؤولية التقصيرية.

أما عندنا، فلم يتح لي أن أطلع على رأي القضاء الجزائري في هذا الموضوع. اما القضاء المصري فقد انقسم في هذا الصدد، فأخذت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض برأي القضاء والتشريع الفرنسيين⁽²⁾، بينما رفضت الدائرة المدنية مجازة هذا الرأي⁽³⁾.

(1) أنظر حكما للدائرة المدنية الثانية بتاريخ 1960/3/31 نشر بالمجلة المدنية عدد 11 برقم 220، وأنظر التعديل الذي أدخله مرسوم صدر في 1935/10/30 على المادة 565 من قانون الاجراءات المدنية بهذا المعنى.

(2) أنظر على سبيل المثال حكما للدائرة الجنائية بتاريخ 1943/3/8 منشورا بمجلة (الحمامة) عدد 25 برقم 45 ص 132.

(3) أنظر حكما للدائرة المدنية في 1935/1/5 منشورا بمجموعة عمر لأحكام النقض، العدد 2 برقم 154 ص 452.

21 — هذه هي الأحوال التي تكون فيها مصلحة للدائن في ان ينتقل من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية، فهل يجوز له ذلك؟ هل له أن يترك المسؤولية العقدية ويختار المسؤولية التقصيرية لكي يحقق لنفسه احدى هذه المصالح أو بعضها؟

هذا هو موضوع الخيرة l'Option أو عدم الخيرة، الذي أثار انقساماً في الفقه، وفي القضاء، بل وفي التشريع أيضاً، فالبعض يجيز الخيرة، والبعض الآخر، وخصوصاً القضاء الفرنسي، يرفضها، وفيما يلي نعرض للمذهب الذي يجيز الخيرة وللحجج التي يستند اليها، ثم للمذهب الذي يرفضها وللحجج:

22 — المذهب الذي يجيز الخيرة وحججه: يستند أنصار الخيرة، أي من يجيزون للمضروب عقدياً أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية، الى الحجج الآتية:

23 — الحجة الأولى: هي أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام D'ordre public، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، فهي الأصل، وما المسؤولية العقدية الا استثناء من هذا الأصل، ولا ضير في التنازل عن الاستثناء والرجوع الى الأصل.

24 — الحجة الثانية: هي أن أحكام المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد، ومنصوص عليها في القانون من قبل أن يتعاقد المتعاقدون، فإذا تعاقد متعاقدان، فانهما يضيفان جديداً الى هذه الأحكام، ولا يستطيعان الغاءها.

25 — الحجة الثالثة: هي أن النصوص الواردة في القانون المدني، عندنا (المادة 124 م. ج) وما يقابلها من النصوص العربية الأخرى، أو في فرنسا (المادة 1382 — 1383)، نصوص عامة، تطبق على الجميع، سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين، ومن الأصول المقررة قانوناً، أن النص

العام لا يخصص الا بنص. فمثلا المادة (2/140 م.ج)، المقابلة للمادة (1386 م.ف)، المتعلقة بمسئولية مالك البناء تطبق أحكامها على كل المالكين، سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين.

26 — الحجة الرابعة: وهي حجة عكسية، ترى أنه إذا كان رافضو الخيرة يستندون في منعها الى أن القوانين المدنية، سواء عندنا، أو في فرنسا وغيرها، قد فصلت بين نصوص المسئوليتين، فنصت على كل منهما في باب مستقل عن الآخر، فليس معنى هذا الترتيب الشكلي، منع الخيرة، إذ لا يسوغ أن يرتب على ترتيب شكلي حكم موضوعي.

27 — الحجة الخامسة: يستمدّها أنصار الخيرة من القانون الروماني، الذي وردت به نصوص أجازت الخيرة، ومنها ما ورد في قضية اسكافي Cordonnier كان قد فقاً عين صبي يتعلم المهنة عنده أثناء تعليمه، وكان العقد الذي تم بينهما يجعل للمعلم الحق في ضرب صبيه في سبيل تعليمه، فرفع الصبي دعوى (أكيليه) أي على أساس المسئولية التقصيرية، لأن قانون أكيليا كان يعتبر فقاً العين جريمة ترتب مسئولية جنائية تنشأ عنها مسئولية تقصيرية، وهكذا ترك الصبي المسئولية العقدية الى التقصيرية.

28 — الحجة السادسة: هي أن من المسلم به أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على خضوعهما لأحكام المسئولية التقصيرية، فلماذا لا نفسر سكوتهما بأنهما قد اختارا الخضوع الى أحكام هذه المسئولية ضمناً؟ أليست المادة (60 م.ج) تنص في فقرتها الثانية على أنه: «يجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمناً...».

29 — هذه هي أهم حجج انصار الخيرة، ومن الفقهاء الذين نادوا بها بلانيول، وأوبري ورو، وتالير، وسوف نرى بعد قليل ان هناك تشريعات وأحكاماً قضائية اعتنقت مذهب الخيرة.

أما رافضو الخيرة فيستندون الى الحجج الآتية:

30 — الحجة الأولى: هي أن العقد شريعة المتعاقدين، ومتى أبرم المتعاقدان عقدا، صار بمثابة قانون خاص بهما، لا تجوز مخالفته، وكل مخالفة لأحكام هذا القانون الخاص ترتب المسؤولية التي يتضمنها، أي المسؤولية العقدية.

31 — الحجة الثانية: هي احترام مبدأ سلطان الإرادة *l'autonomie de la volonté*، فإذا سكت المتعاقدان عن بيان نوع المسؤولية التي تترتب على مخالفة الالتزامات الواردة في العقد، فسر سكوتهما بأنهما إرادا تطبيق أحكام المسؤولية التي يتضمنها العقد.

ويقول الفقيه جوسران، وهو من أشد أنصار رفض الخيرة: ان المسؤولية التقصيرية وضعت أحكامها للغير، لا للمتعاقدين، ولا يسوغ اعتبار المتعاقدين من الغير، ولقد فصل المتعاقدان لنفسهما ثيابا خاصة بهما، بدلا من الثياب الجاهزة، ولا يسوغ أن نلبسهما ثيابا جاهزة غير مناسبة لهما ولم يختاراهما⁽¹⁾.

32 — الحجة الثالثة: هي التي سبقت الإشارة اليها بأن القوانين المدنية قد فصلت بين المسئوليتين فنصت على أحكام كل منهما في باب خاص، مما يدل على أن أحكام كل منهما مستقلة عن أحكام الأخرى، ولا يسوغ الانتقال من احدهما الى الأخرى.

33 — الحجة الرابعة: يقولون إنه إذا ساغ الانتقال من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لترتب على ذلك أحيانا ظلم للمدين،

(1) أنظر رأي جوسران هذا في تعليق له نشر في داللوز الدوري سنة 1927 عدد 1 برقم 105.

فمثلاً، تنص المادة (1/592 م.ج) على أنه «إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله»، فإذا أجزنا للمودع الخيرة، ومطالبة المودع لديه طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، لترتب على ذلك أن يطالب المودع لديه بالمسؤولية التقصيرية، أي يبذل عناية الرجل المعتاد *le bon père de famille*، ولو كان لا يستطيع أن يبذل مثل هذه العناية حتى في حفظ ماله الخاص، وبذلك نكون قد ظلمناه.

ومن أشد المتمسكين برفض الخيرة، جوسران، كما سبق أن رأينا، وكذلك ديموج⁽¹⁾، وقد استقر القضاء الفرنسي على رفضها. غير أن رافضي الخيرة أجازوها في بعض حالات استثنائية.

34 — أولاً: في حالة ما إذا اعتبر الإخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية، فبما أن الأصل هو أن ليس للقضاء الجنائي النظر في دعوى المسؤولية العقدية، التي هي من اختصاص القضاء المدني، فعلى الرغم من ذلك دأبت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية على النظر في الدعوى المدنية التي ترفع بالتبعية إلى الدعوى الجنائية⁽²⁾، واعتبرت هذه الدعوى تقصيرية، مع أنها ناشئة عن مخالفة عقدية.

35 — ثانياً: في حالة ما إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً في عدم تنفيذ التزامه العقدي، فقد أجاز للدائن في هذه الحالة أن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر غير المتوقع، إلى جانب التعويض عن الضرر المتوقع، وبما أن الأصل في المسؤولية العقدية أن لا تعويض إلا عن الضرر

(1) أنظر تعليقا الديموج نشر في داللو الدوري سنة 1927 عدد 1 برقم 6.
(2) أنظر على سبيل المثال حكماً للدائرة الجنائية نشر في جريس كلاسير الدوري سنة 1946 عدد 2 برقم 3236.

الذي كان متوقعا عند التعاقد، وأن الضرر غير المتوقع لا يعرض عنه الا في المسؤولية التقصيرية، فقد استنتج بعض الفقه من نص المادة (1150) م.ف. المقابل لنص المادة (2/182 م.ج)، أن الزام المدين الذي ارتكب الغش أو الخطأ الجسيم بدفع التعويض حتى عن الضرر غير المتوقع، معناه تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عليه، وقال جوسران في هذا الصدد إن المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما يخرج من دائرة العقد الذي يجب أن ينفذ بحسن نية طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (1134 م.ف)، المقابلة للمادة (1/107 م.ج). وهناك رأي أن مسؤولية المدين هنا تظل عقدية وانما يجازي عن غشه أو خطئه الجسيم بدفع تعويض عن الضرر غير المتوقع أيضا.

36 — ثالثا: جرى القضاء الفرنسي، وهو الذي يصر على رفض الخيرة، على منح خلف المنقول الذي أصيب في حادث أثناء النقل، دعوى عقدية. إلى جانب الدعوى التقصيرية المقررة لهم حين يطالبون بتعويض ما أصابهم *proprio nomine* من ضرر بسبب وفاة سلفهم، إذ هم في هذه الحالة يعتبرون من الغير، وقد استند القضاء الفرنسي في منح الخلف دعوى عقدية، الى اشتراط ضمني لمصلحتهم يفترض ان السلف قد اشترطه، واستند القضاء في ذلك الى نص المادة (1122 م.ف) التي قضت بالاشتراط الضمني لمصلحة الورثة وذوي الحقوق، بعد أن نصت المادة (1121 م.ف) على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير.

وعلى ذلك فللخلف الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية للمطالبة بتعويض ما أصابهم شخصا من ضرر، مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي قد منع الخلف، في النقل الجوي والبحري، من رفع دعوى عقدية، وقصر حقهم على رفع دعوى تقصيرية فقط، حين يطالبون بالتعويض عن الضرر الشخصي، وعلى ذلك فالخيرة لا توجد الا في النقل البري الوطني.

37 — رابعا: في حالة مسؤولية المهندسين المعماريين، المنصوص عليها بالمادة (1792 م.ف)، حددت المادة (2270 م.ف) مدة تقادم دعوى

الضمان فيها بعشر سنين (أنظر المادة 1/554 م.ج)، فلرب العمل أن يرجع عليهم بدعوى المسؤولية العقدية لمدة عشر سنين من تاريخ التسليم.

وإن كان إذا فرض أن أصيب أجنبي (أي غير رب العمل أو ذوية) بضرر من تهدم البناء، فإن له أن يرجع بتعويض ما أصابه من ضرر على رب العمل طبقا لنص المادة (1386 م.ف) المقابلة للمادة (1/140 م.ج)، وإذا دفع رب العمل التعويض فله أن يطالب المهندس المعماري به طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، حتى لو كانت مدة التقادم العشري قد انقضت، وفسر ذلك بأن رب العمل يحل بطريق الحلول la Subrogation محل الأجنبي، مع أن رب العمل قد دفع التعويض للأجنبي لأنه ملزم به شخصيا، أي أنه لم يدفع ديناً هو ملزم به عن غيره أو مع غيره (المادة 2/261 م.ج) حتى يرجع على المهندس بطريقة الحلول، ولذلك فالقضاء الفرنسي منتقد من هذه الناحية، على كل حال فمتى رجع رب العمل على المهندس خلال مدة التقادم العشري، مطالباً أياه. بدفع التعويض الذي قام بدفعه للأجنبي، يكون جمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

38 — خامساً: يجيز القضاء الفرنسي الرجوع على المهنيين les professionnels بالمسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود عقود تربطهم بعملائهم، وقد برر ذلك بأن المهنيين، ولا سيما الموثقين les Notaires مطالبون في القيام بعملهم ببذل عناية لا تقل عن عناية رب الأسرة الطيب le bon père de famille، ولو كانت العقود تنص على أقل من هذه العناية.

39 — موقف الفقه، والقضاء، والتشريع من الخيرة:

أولاً: الفقه وقد رأينا أن الفقهاء الفرنسيين منقسمون بين مؤيدين للخيرة، وعلى رأسهم بلانيول، ورافضين لها، وعلى رأسهم جوسرك وديموج.

أما الفقهاء العرب فمنهم أقلية تؤيد الخيرة، وعلى رأسها الأستاذ مصطفى مرعي⁽¹⁾، أما أغلبية هؤلاء الفقهاء وعلى رأسها الأستاذ السنهاوري⁽²⁾ والأستاذ سليمان مرقس⁽³⁾ فترفض الخيرة. غير أنه يلاحظ أن الأستاذ السنهاوري، بعد أن رفض الخيرة، عاد في نفس البند 515 في صفحة 862، يقول: ان الخيرة لا تكون إلا في التزام فرضه العقد والقانون معا. فأمين النقل إذا سرق البضاعة التي ينقلها يكون قد أحل بالتزامه العقدي الناشئ عن عقد النقل، فلتحقق مسؤوليته العقدية، ويكون في الوقت ذاته قد أحل بالتزامه القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل، فلتحقق مسؤوليته التقصيرية، وللدائن ان يختار هاتين المسؤوليتين.

وألاحظ على الأستاذ السنهاوري في هذا المثل أنه يقبل الخيرة أحيانا بعد أن رفضها، ثم أن المثل الذي ضربه فيه مسؤولية جنائية عن السرقة، لا بد أن ترفع الدعوى بها أمام المحكمة الجنائية، وللمدعي المدني أن يطالب، بالتعويض أمام القضاء الجنائي بدعوى مدنية تابعة للدعوى الجنائية، وله ان يرفعها أمام القضاء المدني، فليس هنا خيرة بين دعويين احدهما مدنية تقصيرية، والأخرى عقدية، وانما هناك خيار بين القضاء الجنائي، والقضاء المدني، أما إذا رفع دعواه العقدية أمام القضاء المدني، فلا يكون قد اختار، لأن هذا القضاء هو المختص أصلا بالدعوى العقدية. وإذن فالمثل الذي ضربه الأستاذ السنهاوري للخيرة غير سليم، ولا خيار فيه بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

ثانيا — أما القضاء، فكما سبق أن قلنا إن القضاء الفرنسي مصر باستمرار على رفض الخيرة مبدئيا، وان كانت دائرة العرائض la Chambre des requêtes التي ألغيت أخيرا، كانت قد قبلت تدخل المسؤولية

(1) أنظر كتابه: المسؤولية المدنية، القاهرة سنة 1936 بند 28.

(2) أرجع الى مؤلفه الوسيط ج 1 ص 861 بند 515.

(3) أرجع الى مؤلفه: الفعل الضار — القاهرة سنة 1956 ص 24.

التقصيرية بين المتعاقدين في حكم لها صدر بتاريخ 14/12/1926⁽¹⁾ في قضية تلخص في أن مريضاً هرب من مستشفى خاص، وأحدث بنفسه جروحاً أدت إلى بتر ساقه، فعلى الرغم من قيام عقد بينه وبين المستشفى، تترتب المسؤولية العقدية على الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي، ترتب التعويض عن الضرر المتوقع فقط، قضت المحكمة بالتعويض عن الضرر غير المتوقع أيضاً، أي طبقت المسؤولية التقصيرية في حين أنه لم يرتكب مدير المستشفى أو معاونه غشاً أو خطأً جسيماً. غير أن هذه الدائرة عادت في سنة 1936 فرفضت الخبرة ثم الغيت.

أما الدائرة الجنائية فقد سبق أن قلنا إنها تقبل الخبرة حين تعتبر الجريمة إخلالاً بالتزام عقدي.

وأما القضاء البلجيكي فكان قد قبل الخبرة، ولكنه تراجع ورفضها منذ عهد بعيد⁽²⁾.

وأما القضاء عندنا، ففي مصر، كان القضاء الأهلي والمختلط يقبل الخبرة، غير أن محكمة النقض المصرية رفضتها في حكم شهير لها صدر في 26/2/1965⁽³⁾، غير أنها أجازتها في حالتها وجود جريمة جنائية، أو غش أو خطأً جسيماً من المدين.

أما القضاء الجزائري، فقد كان يقبل الخبرة قبل الاستقلال⁽⁴⁾، أما بعده فلم يتضح موقفه، وأما موقف التشريعات الوضعية، فعلى الرغم من أنه موضوع فقهي وقضائي، لا يتعرض له المشرع، وينبغي أن يتركه

(1) نشر في سيريه سنة 1927 عدد 1 برقم 105 مع تعليق لاسمان.

(2) أنظر مثلاً حكماً لمحكمة النقض البلجيكية صدر في 13/2/1930 ونشر في المجلة الفصلية سنة 1931 ص 734.

(3) نشر في مجموعة أحكام النقض السنة 16 ص 220.

(4) أنظر المحكمة الجزائرية الاستئنافية صدر في 9/1/1924، ونشر في جازيت دي باليه 587/1/1924.

للاجتهاد، فإن القانون الألماني، والقانون السويسري، والتشريع الانجليزي، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية، نصت على قبول الخيرة⁽¹⁾.

40 — والرأي عندي هو قبول الخيرة، وأستند في رأيي هذا الى الأسانيد الآتية:

أولا — نحن نقول إن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، وقد نصت تشريعاتنا على أن كل اتفاق على الاعفاء أو على التخفيف منها باطل، فكيف يسوغ القول بعد ذلك بأن المتعاقدين قد استبعداها حين أبرما عقدا بينهما؟ أليس في ذلك تناقض؟.

ثانيا — قد يتفق المتعاقدان صراحة على إخضاع عقدهما لأحكام المسؤولية التقصيرية، فلماذا لا نقول إنهما قد اتفقا على ذلك ضمنا؟ أليس التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا (المادة 60 م.ج)، لا سيما إذا كانت أحكام هذه المسؤولية أصلح لهما؛ فلماذا نحرهما من مزاياها؟

ثانيا — أعتقد أن في قول جوسران بأن أحكام المسؤولية التقصيرية موضوعة للغير، وأنه إذا أجاز للمتعاقدين الانتقال الى المسؤولية التقصيرية فإنه يترتب على ذلك أن يعتبر متعاقدين ومن الغير في آن واحد، مغالطة. ففي الجزء الأول من قوله مخالفة لعموم أحكام هذه المسؤولية، فقد سبق أن قلنا إن النصوص الخاصة بها وردت عامة لم تخصص للغير، ولا تخصيص دون مخصص.

(1) أرجع في ذلك الى البحث الذي وضعه بن رقيه بن يوسف ونال به دبلوم الماجستير من معهد حقوق العاصمة سنة 1985.

أما الجزء الثاني من قوله بأنه لا يسوغ اعتبار المتعاقدين من الغير، فأرد عليه بأن المتعاقدين حين ينتقلان الى المسؤولية التقصيرية تنقضي صفتها كمتعاقدين ويصبحان من الغير، على فرض أن أحكام المسؤولية التقصيرية لم توضع الا للغير؟

مسؤولية الناقل المجاني في القضاء الفرنسي وفي القوانين العربية

تمهيد:

لكي نخطط علما بمسؤولية الناقل بدون أجر، ينبغي أن نتعرض أولاً لمسؤولية الناقل بأجر 1 — فقد صدر القانون المدني الفرنسي في سنة 1804 ونص بالمادة 1779/2 منه على اعتبار النقل بطريق البر أو الماء، للأشخاص أو للأشياء، نوعاً من أنواع الأجر، ثم نص بالمادة 1782 على أن ناقلي الأشياء بطريق البر أو الماء، يخضعون لنفس الالتزامات التي يخضع لها أصحاب الفنادق أو النزل، ثم أضاف بالمادة 1784 أن هؤلاء الناقلين مسؤولون عن فقد الأشياء المنقولة أو عن عطبها، ولا يستطيعون التخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة، أي أن القانون وضع على عاتق هؤلاء الناقلين التزاماً بإيصال الأشياء المنقولة سليمة. ولكن هذا القانون لم يتعرض لنقل الأشخاص، ولقد ترتب على ذلك أن اختلف الرأي قبل سنة 1911 حول نقل الأشخاص بأجر، هل يعتبر عقداً يتضمن التزام الناقل بإيصال المسافرين سليمين قياساً على نقل الأشياء، أو أنه يعتبر عقداً، وبالتالي فلا يلتزم ناقل الأشخاص بإيصالهم إلى محل الوصول سليمين، ويجب على المسافر إذا أصيب بضرر أثناء السفر أن يثبت خطأ الناقل طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادتين 1382/1383؟ وكان هذا الرأي الأخير هو رأي القضاء الفرنسي حتى سنة 1911، وكان يستند

في التفرقة بين نقل الأشياء، ونقل الأشخاص الى أن الأشياء جامدة لحياء فيها ولا تستطيع أن تتحرك بنفسها لتقي نفسها من مخاطر النقل، وبالتالي فإن للناقل عليها سيطرة تامة، وليس الأمر كذلك بالنسبة الى الشخص فهو كائن حي، يستطيع أن يحمي نفسه من مخاطر النقل، وليس للناقل أية سيطرة على حركاته.

لقد كان بعض الفقه ينتقد هذه التفرقة، ويرى أنه إذا كان ناقل الأشياء يلتزم بإيصالها سالمة فمن باب أولى يلتزم ناقل الانسان بإيصاله سليماً، لأن الانسان أئمن وأعز من الأشياء. ولذلك فقد انتهى القضاء الفرنسي الى الاقتناع بهذا المنطق، فأصدرت محكمة النقض حكماً بتاريخ 1911/11/21⁽¹⁾ وضعت بمقتضاه على عاتق ناقل الأشخاص التزاما بالسلامة Obligation de Sécurité، وبالتالي أصبح هذا النقل عقدا يتضمن التزام الناقل بإيصال المسافر سليماً معافي Sain et Sauf إلى محل الوصول، واعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية Obligation de résultat فإذا لم يصل المسافر الى محل الوصول سليماً معافي التزم الناقل بتعويض ما أصابه من ضرر دون حاجة بالمنقول الى اثبات خطأ ضده، لأن خطأه مفترض ما دامت الغاية لم تتحقق.

2 — أما النقل بدون أجر le transport bénévole، فهل يعتبر عقدا كالنقل بأجر أو هل يخرج عن نطاق العقد ويخضع للمسؤولية التقصيرية؟ وإذا كان يخضع للمسؤولية التقصيرية فهل يخضع للمسؤولية عن الأفعال الشخصية ويجب فيه اثبات خطأ الناقل، أو يخضع للمسؤولية عن فعل الشيء ويفترض فيه خطأ الناقل؟ أو هو يدخل في نطاق الفضالة؟ كل هذه التساؤلات طرحت في فرنسا لأن القانون المدني لم يتعرض لنقل الأشخاص

نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1913 عدد 1 برقم 249.

بدون أجر، كما أنه، لم يتعرض لنقلهم بأجر كما سبق ذكره ولقد كان الخلاف حول تكييف النقل المجاني حادا، ويمكن أن نلخص الآراء التي طرحت بصددته إلى اتجاهات ثلاثة.

3 — الاتجاه الأول، اعتباره عقدا: وهذا هو الاتجاه الذي اتجهت إليه أغلبية الفقه، كما ورد في مؤلف مارتى ورينو⁽¹⁾، وقد اعتبر عقدا بدون عوض Contrat de bienfaisance ومنهم لالو⁽²⁾ في مؤلفه المسؤولية المدنية⁽²⁾ وقد سماه عقد مجاملة Contrat de Complaisance، ومنهم الفقيهان فلور وأوبر⁽³⁾ Flour et Aubert في مؤلفهما الالتزامات⁽³⁾، ومنهم ديموج في تعليق له على حكم صدر من محكمة السين في 23/1/1913⁽⁴⁾ واسمان في مؤلف بلا نيول وريير⁽⁵⁾ وهو رأي ساقايتية أيضا في تعليق له في داللو⁽⁶⁾ وستارك في تعليق له على حكم صدر من الدائرة المدنية الثانية في 4/10/1972⁽⁷⁾.

وقد استند هؤلاء الفقهاء الى أن النقل المجاني تتوافر فيه كل عناصر العقد، ففيه إيجاب وقبول تلتقي فيهما إرادتان متقابلتان، وفيه محل هو الركوب، وفيه سبب وهو نية التبرع l'animus donandi.

ورأي هؤلاء الفقهاء أن عقد النقل المجاني ينشئ على عاتق الناقل التزاما بالسلامة Obligation de Sécurité ولكنه التزام بوسيلة Obligation de moyens بخلاف النقل بأجر حيث يعتبر الالتزام بالسلامة التزاما

-
- (1) أنظر في عرض هذا الاتجاه cllarty et Roynaud الالتزامات ط 1962 ج 2 ص 460 وما يليها.
(2) lalou المسؤولية المدنية ط 1955 بند 187 ص 122.
(3) Flour et Aubert الالتزامات المجلد الأول ط 1975 البنود 95 وما يليها.
(4) Demogue تعليق في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1913 رقم 799.
(5) Ismein في مؤلف بلانيول وريير ج 6 بند 99.
(6) Savatier داللو الدوري سنة 1928 عدد 1 برقم 153.
(7) Stvatier جريس كلاسير الدوري سنة 1973، عدد 2 برقم 1745.

بتحقيق غاية، وعلى ذلك فان لم يصل المنقول المجاني الى محل الوصول سليما، فعليه ان يقيم الدليل على خطأ الناقل.

ولقد أخذت محكمة النقض هناك حيناً من الدهر باعتبار هذا النقل عقداً، وان كانت تحاشت ذكر اصطلاح العقد Contrat، وتسترت بستار التفرقة التي كان يقول بها الفقه الفرنسي القديم بين كلمة عقد Contrat وكلمة اتفاق Convention، وكان هذا الفقه يرى أن كلمة اتفاق أشمل وأعم من كلمة عقد، فالأولى تشمل انشاء الالتزام أو تعديله أو انهاءه أو نقله، بينما كلمة عقد أخص بحيث لا تطلق الا على إنشاء الالتزام أو نقله، أي أن اصطلاح اتفاق Convention جنس، واصطلاح عقد Contrat نوع من هذا الجنس ولقد تأثر واضعو قانون نابوليون بهذه التفرقة في تعريفهم للعقد بالمادة 1101 بأنه نوع من الاتفاق، غير أن هذه التفرقة قد زالت اليوم وأصبحت التشريعات الحديثة لا تفرق بين اصطلاح عقد واصطلاح اتفاق. المهم هو أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكماً من دائرتها المدنية الأولى بتاريخ 1959/5/27⁽¹⁾ أطلقت فيه اصطلاح الاتفاق على المساعدة Convention d'assistance على الخدمات المجانية، والواقع هو أن اعتبار النقل المجاني عقداً فيه شيء من الصنعة ومن المبالغة، فهل من المعقول أن تتجه ارادة الناقل المجاني الى الالتزام بايصال المنقول سليماً معاً في؟

أليس له أن يعدل عن أخذ المنقول مجاناً معه؟ أليس له أن ينزله من مركبته في أي وقت وفي أي مكان شاء؟

ان المتعاقد في عقود التبرع يلتزم بتقديم أداء بدون مقابل وهو ليس مسؤولاً عن تنفيذ هذا الالتزام مسؤولية عقدية، بينما الناقل المجاني لا يتصور

(1) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1959 برقم 524.

ان يسأل عقديا عن تنفيذ النقل المجاني، ولذلك فان هناك فقهاء أجلاء رفضوا فكرة العقد في النقل المجاني، ومن أشهر هؤلاء الفقهاء حوسران في تعليق له في داللو الأسبوعي⁽¹⁾ والفقير الكبير ريبير في تعليق له في داللو الأسبوعي⁽²⁾، والأستاذ كاربونيه في مؤلفه الالتزامات⁽³⁾ والأساتذة مازو وتونك في مؤلف المسؤولية المدنية⁽⁴⁾.

وقد رأى هؤلاء الفقهاء أن النقل المجاني يخرج من دائرة العقد، ويخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، وسوف نرى عند تعرضنا للاتجاه الثالث ان محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بهذا الرأي منذ سنة 1928.

5 — الاتجاه الثاني: اعتبار النقل المجاني عملا من أعمال الفضالة وقد نادى بهذا الرأي الأستاذ روجيه بوت Bout في رسالة للدكتوراه قدمت الى جامعة اكس مارسى سنة 1970⁽⁵⁾.

وقد أخذت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض في حكم صدر بتاريخ 16/11/1955⁽⁶⁾ بهذا الرأي، ويبرر هذا الاتجاه رأيه بأن النقل المجاني عمل انساني ايثاري يقوم به الناقل من تلقاء نفسه يبتغي من ورائه تأدية خدمة للغير، وهو ما تتضمنه الفضالة la gestion d'affaires.

غير أن هذا الرأي ينسى ان الفضالة عمل قانوني يرتب التزامات تقع على عاتق الفضولي وعلى عاتق رب العمل، فإذا افترضنا أن النقل المجاني

(1) داللو الأسبوعي سنة 1926 ص 22 رقم 21.

(2) داللو الأسبوعي سنة 1928 عدد 1 برقم 145.

(3) الالتزامات ج 4 طبعة سنة 1975 ص 30 — 31.

(4) مازو تونك المسؤولية المدنية الطبعة السادسة ج 1 بند 113.

(5) الفضالة في القانون الفرنسي المعاصر فقرة رقم 292.

(6) نشر هذا الحكم في جريس كلاسير الدوري سنة 1956 عدد 2 برقم 9087.

يكتسي صفة الفضالة، وان الناقل المجاني هو الفضولي والمنقول هورب العمل، فان القانون يلزم الفضولي بأن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمه أو الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (المادة 153 م. ج).

وكذلك يلزم القانون الفضولي بأن يبذل في القيام بأعمال الفضالة عناية الرجل المعتاد، أي عناية le bon père de famille خروجاً على الأصل العام الذي لا يلزم المتبرع الا بالعناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص (المادة 1/592) بالنسبة الى الوديعة بدون أجر، وقد لا يستطيع المتبرع أن يبذل في حفظ ماله عناية الرجل المعتاد، فلا يطالب بعناية الرجل المعتاد في حفظ مال غيره، أي لا يطالب بأكثر مما يستطيع، فهل يتصور أن يطالب الناقل المجاني بمثل هذين الالتزامين؟

والى جانب ذلك يلزم القانون رب العمل بتعويض الفضولي عما أصابه من ضرر بسبب قيامه بأعمال الفضالة، فهل يتصور أن المنقول مجاناً يلتزم، كرب عمل، بتعويض ناقله عما أصابه من ضرر بسبب نقله؟

ثم ان الفضالة تتضمن تأدية خدمة انسانية عاجلة أو ضرورية لصالح شخص لم يأذن بهذا العمل ولم يوكل الفضولي في القيام به، والغالب أن يكون رب العمل غائباً، ولم يعلم بقيام الفضولي بالفضالة، وكل ذلك لا يتصور في المنقول المجاني.

زد على ذلك أن القانون الفرنسي، وقد جراه القانون الجزائري، يعتبر الفضالة شبه عقد quasi-Contrat فكاننا، إذا جعلنا النقل المجاني شبه عقد، لم نبتعد كثيراً عن فكرة العقد، لذلك فإني أعتقد أن تطبيق الفضالة على النقل المجاني لا يحالفه التوفيق.

6 — الاتجاه الثالث: تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على النقل المجاني: لما لم تفلح فكرة العقد في تكييف النقل المجاني، اتجه الرأي

الى اخضاعه لأحكام المسؤولية التقصيرية، أي اعتباران الضرر الذي ينشأ منه يخضع لأحكام هذه المسؤولية، بحيث يجب على المنقول مجانا، اثبات خطأ الناقل طبقا لأحكام المادة 1382 في رأي البعض أو يفترض خطأ الناقل طبقا لأحكام المادة 1/1384 في رأي البعض الآخر.

وهكذا انقسم هذا الاتجاه الى اتجاهين، أحدهما يخضع النقل المجاني الى أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية التي يجب اثبات الخطأ فيها، والثاني يخضعه لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء، التي يفترض الخطأ فيها افتراضا لا يقبل اثبات العكس، ولا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي.

7 — ولقد أخذ القضاء الفرنسي باخضاع هذا النقل لأحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية طوال 40 عاما، من سنة 1928 الى سنة 1968.

فقد صدر من الدائرة المدنية حكم بتاريخ 1928/3/27⁽¹⁾ طبق أحكام المادة 1382 على النقل المجاني، واستمر القضاء في هذا الاتجاه حتى سنة 1968 أي أربعين عاما، استبعد خلالها فكرة العقد وطبق على النقل المجاني أحكام المادة 1382، ولم يقبل تطبيق أحكام المسؤولية عن فعل الشيء المنصوص عليها بالمادة 1/1384، مع أنه أخذ بها في سنة 1968 كما سوف نرى فيما بعد. ويسوغ لنا أن نتساءل عن الأسباب التي حملت القضاء الفرنسي على التثبت بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية طوال هذه الحقبة الطويلة من الزمن.

فإذا رجعنا الى الحكم السابق الذكر، الصادر في سنة 1928، رأينا أنه يرفض طعنا بالنقض في حكم صدر من محكمة استئناف ريوم Riom

(1) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1928 عدد 1 برقم 145 مع تعليق للأستاذ ذيرير.

في 1925/5/29 رفض تطبيق أحكام المادة 1/1384، وطبق أحكام المادة 1382 التي تشترط اثبات خطأ ضد المسؤول، وقد أيدت الدائرة المدنية حكم محكمة استئناف ريوم، ورفضت تطبيق أحكام المادة 1/1384 وقالت: «حيث أن قرينة الخطأ المفترض المنصوص عليها بالمادة 1/1384 قد وضعت لحماية المضرورين الذين لم يساهموا في استعمال الشيء الذي سبب الضرر... أما هؤلاء الذين قبلوا أو استجدوا المساهمة في استعمال الشيء دون مقابل، فليس لهم الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر إلا إذا أثبتوا خطأ ضد الناقل طبقاً لأحكام المادتين 1382 و 1383....».

ومعنى ذلك هو أن محكمة النقض رفضت تطبيق أحكام المسؤولية عن فعل الشيء لأن المنقول مجاناً يساهم في استعمال الشيء وبمساهمته هذه قد اشترك في أحداث الضرر بنفسه، أما المنقول بأجر فإنه لم يساهم في استعمال الشيء، وبالتالي فإن له أن يطالب بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

ولقد انتقد الفقه هذا التسبب العجيب:

أولاً — لأن المنقول بأجر يساهم هو أيضاً في استعمال الشيء، ومع ذلك فإن هذه المساهمة لا تحول بينه وبين التمسك بالمسؤولية العقدية.

ثانياً — لأن القضاء لم يشترط لتطبيق المسؤولية عن فعل الشيء ألا يكون المضرور قد ساهم في استعمال الشيء.

وإذا كانت محكمة النقض قد أرادت بالمساهمة في الاستعمال أن تقول أن المنقول مجاناً قد صار بهذه المساهمة حارساً لأداة النقل وشريكاً مع الناقل في الحراسة، وبالتالي فالحارس لا يسأل عن فعل الشيء الذي يقع تحت حراسته مسؤولية عن فعل الشيء، وهذا هو رأي الأستاذ السنهوري، الذي

يقول⁽¹⁾ «ان المسؤولية عن الحراسة شرطها ألا يكون المضرر قد اشترك مجانا في استعمال الشيء الذي أحدث الضرر»، فانا نرفض هذا التعليل، لأن الاستعمال وحده غير كاف لقيام الحراسة، وما هو الا أحد عناصرها الثلاثة، فالحراسة، طبقا لما انتهى اليه قضاء محكمة النقض في قضية فرانك في سنة 1941⁽²⁾، كما تنص عليه المادة 138 م. ج، تتكون من عناصر ثلاثة، هي الاستعمال، والتسيير أو الادارة والرقابة أو le Controle، وإذا سلمنا جدلا بأن المنقول مجانا يشارك الناقل في سلطة الاستعمال، فلا يسوغ مطلقا أن نقول إنه يشاركه أيضا في الادارة وفي الرقابة، فهما عنصران لا يتوافران الا لدى الناقل الذي يتحكم وحده في إدارة أداة النقل ويسيطر وحده على رقابة آلاتها، ويستطيع استبدالها وتغيير ما عطب منها، ولقد استقر الفقه والقضاء على أن التابع الذي يستعمل سيارة متبوعه لحساب هذا الأخير لا يعتبر حارسا للسيارة ويعتبر متبوعه هو حارسها لأن له وحده عليها سلطتي الادارة والرقابة اللتين لا تتوفران للتابع.

ثالثا — هل صحيح أن المنقول المجاني يساهم في استعمال الشيء؟ وإذا ثبت أنه لم يساهم في استعمال الشيء فهل يكون له أن يتمسك بالمسؤولية عن فعل الشيء.

إذن فإن هذا التسيب واه وغير منطقي.

وقد ورد في نفس الحكم السابق ما يتضمن تسببا ثانيا لاستبعاد تطبيق المسؤولية من فعل الشيء، فقد أضاف هذا الحكم قوله: «ان المنقولين مجانا قد ساهموا في استعمال الشيء وهم على علم تام بأنهم يتعرضون للمخاطر».

(1) الوسيط ج 1 ص 924.

(2) صدر الحكم في هذه القضية بتاريخ 1941/12/2 من الدوائر المجتمعة ونشر في مجموعة سيريه سنة 1941 عدد 1 برقم 217 مع تعليق للأستاذ رهنري مازو.

ومعنى ذلك أن المنقول المجاني قد قبل الأخطار التي سوف يتعرض لها خلال النقل. ولقد انتقد الفقه هذا التسبب الثاني، وقالوا أن المنقول بأجر يعلم هو أيضا أنه يعرض نفسه لمخاطر النقل ومع ذلك فله حق التمسك بالمسؤولية العقدية.

ثم أن قبول المنقول المخاطر لا يعد خطأ إلا إذا كان قد ركب سيارة يعلم أنها معطوبة وغير صالحة للسير بها، أو إذا كان قد ركب إلى جانب سائق يعلم أنه مخمور، أو أنه لا يحسن القيادة. وقد قيل لعل المحكمة قد أرادت بعبارة قبول المخاطر أن تقول أن المنقول قد أعفى الناقل من المسؤولية حين رضى بما سوف يحدث له من ضرر. فإذا صح أن المحكمة قد أرادت هذا المعنى فإنه يعترض عليه باعتراضين:

الأول — هو أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام انعام وكل اتفاق صريح أو ضمني على الاعفاء منها باطل بطلانا مطلقا، ولقد تناولت القوانين العربية النص على ذلك، فقضت المادة 3/178 م. ج: «ويطُل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي» أي المسؤولية التقصيرية، وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم يورد مثل هذا النص، فإن هناك ما يشبه الاجماع في الفقه والقضاء هناك على هذا الحكم، وإن كانت أقلية من الفقه تخالف ذلك.

الثاني — هو أنه لو سلمنا جدلا بأن قبول المنقول مجانا لما سوف يتعرض له من اخطار يعتبر تنازلا منه عن التمسك بالمسؤولية ضد الناقل، فلماذا يقتصر هذا التنازل على الاعفاء من المسؤولية عن فعل الشيء وحدها؟ لماذا يسمح القضاء لهذا المنقول بالتمسك بالمسؤولية عن الافعال الشخصية؟ أليس التنازل شاملا لكل أنواع المسؤولية؟

8 — ولقد قيل في تبرير التفرقة بين مسؤولية الناقل باجر والناقل بدون أجر أن السبب في هذه التفرقة يرجع الى ان الأول يحصل على

منفعة من المنقول بينما الثاني لا يحصل على أي منفعة، ولذلك ضيق الخناق على الناقل باجر وافترض خطؤه، والغرم بالغنم⁽¹⁾ ولكن يعترض على نظرية المنفعة باعتراضين، أحدهما إيجابي والثاني سلبي:

فالاعتراض الأول: هو ان الناقل المجاني قد يحصل على منفعة معنوية، وقد يكون المنقول صديقا له أراد أن يصحبه في رحلة ليؤنسه أثناء السفر، خصوصا إذا كان الناقل وحده. لا يصحبه أحد، وخصوصا أثناء السفر ليلا. وقد يكون المنقول قد اسدى الى الناقل بجميل فأراد بنقله معه ان يرد اليه هذا الجميل.

الاعتراض الثاني: هو أن القضاء الفرنسي يحكم بتعويض عن الضرر الذي حدث لزائر يصعد بالمصعد ليزور صديقا له، مع ان حارس المصعد لم يحصل من هذا الزائر على أية منفعة⁽²⁾.

9 — ولقد كان يترتب على تمسك القضاء الفرنسي باخضاع النقل المجاني لأحكام المسؤولية الخطئية مشاكل معقدة في حالة التصادم la Collision بين أدوات النقل.

النظرية الأولى — تهاثر القرينتين : la neutralisation des deux présomptions. وطبقا لهذه النظرية.

إذا تصادمت أدوات نقل ولم يثبت خطأ من كل من حارسيهما، تهاثرت القرينتان وتحمل كل منهما ما حدث لأداته من أضرار، أي حدث بينهما ما يشبه المقاصة la Compensation القانونية المعروفة

(1) أنظر في نظرية المنفعة رسالة الدكتوراه التي قدمها الأستاذ محمد لبيب شنب الى جامعة القاهرة سنة 1957 تحت عنوان: المسؤولية عن الأشياء ص 180 وما يليها، بند 160.

(2) أنظر في ذلك مازو دروس في القانون المدني ط 1978 ج 2 تحت عنوان النقل المجاني.

في انقضاء الالتزام. وقد دافع عن هذه النظرية جوسران⁽¹⁾ وبلانيول وريبير بواسطة أسمان⁽²⁾.

وقد كان يعترض على هذه النظرية بأن تطبيقها قد يؤدي الى الظلم في حالة ما إذا كانت احدى أداتي النقل ثمينة القيمة وأخرى تافهة القيمة، مثل اصطدام سيارة مرسيدس بدراجة أو بعربة يد فيتحمل صاحب السيارة أضراراً، فادحة بينما يتحمل صاحب الدراجة أو عربة اليد أضراراً تافهة.

ولقد كانت بعض المحاكم الدنيا قد أخذت بهذه النظرية حيناً من الدهر، بل ان محكمة النقض هناك كانت قد أخذت بها في حكم أصدرته الدائرة المدنية الثانية بتاريخ 15/5/1935⁽³⁾، بل أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على الأخذ بها⁽⁴⁾، أما أغلبية الفقه والقضاء فلم تأخذ بها، ولذلك طرحت نظرية أخرى.

النظرية الثانية: وبمقتضاها يسأل المتصادم الذي تكون أداة نقله خطرة عن تعويض الأضرار التي حدثت لأدات النقل الأخرى غير الخطرة، ففي المثل السابق يسأل صاحب السيارة المرسيدس لأنها أخطر من الدراجة أو من عربة اليد. وكان جوسران قد طرح هذه النظرية في تعليقه السابق سنة 1928، غير أن محكمة النقض رفضت هذه النظرية في حكم صدر بتاريخ 23/1/1934⁽⁵⁾.

(1) أنظر تعليقا له في دالوز الأسبوعي سنة 1928 برقم 33

(2) أنظر مطول بلانيول وريبير بواسطة أسمان ج 6 بند رقم 621.

(3) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام القضاء بتاريخ 29/8/1935.

(4) أنظر على سبيل المثال حكما لمجلس الدولة نشر بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1947 ص 57.

(5) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1934 عدد 1 برقم 30.

النظرية الثالثة: وبمقتضاها لا تفترض المسؤولية طبقاً لأحكام المادة 1/1384 إلا إذا أصيب كل من المتصادمين بضرر في أداة نقله، أما إذا لم تصب بضرر إلا إحدى الأدوات دون الأخرى، فإن حارس الاداة التي أحدثت الضرر هو وحده الذي يسأل طبقاً لأحكام المادة 1/1384، أما حارس الاداة التي أصيبت بضرر فلا يسأل إلا إذا ثبت خطؤه طبقاً لأحكام المادتين 1382 — 1383. وقد أخذت بهذه النظرية بعض المحاكم الدنيا، بل وأخذت بها محكمة النقض في حكم أصدرته دائرة العرائض بتاريخ 15/11/1932⁽¹⁾، ولكن أغلبية الفقه انتقدت هذه النظرية، ولذا فلم يكتب لها النجاح.

ولما لم تنجح كل هذه النظريات، انتهى قضاء محكمة النقض الى أن على كل من المتصادمين إذا لم يثبت خطأ من كل منهما، ان يعرض الآخر عن كل ما حدث لأداته من أضرار، وأصدرت بذلك حكماً بتاريخ 20/3/1933⁽²⁾، واستقر قضاؤها على هذا النحو حتى الآن.

10 — وطبقاً لهذا، فإذا تصادمت أداتا نقل ولم يثبت خطأ من جانب كل من الحارسين، وجب على كل منهما أن يعرض الآخر عن كل ما حدث لأداته من أضرار.

وهذا الحل بسيط وسهل إذا لم يكن هناك راكب آخر باحدى الأدوات ولا سيما المنقول مجاناً.

ذلك أن المنقول بأجر إذا أصيب بالضرر فإن له أن يرجع بالتعويض على ناقله بطريق المسؤولية العقدية، أو يرجع به على المتصادم الآخر بطريق

(1) نشر حكم دائرة العوائد في دالوز الأسبوعي سنة 1932 برقم 58.
(2) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1933 عدد 1 برقم 57 مع تعليق للأستاذ ساقاني، كما نشر في مجموعة سيريه سنة 1933 عدد 1 برقم 257 مع تعليق للأستاذ هنري مازو.

المسؤولية عن فعل الشيء طبقاً لأحكام المادة 1/1384 أما إذا كان الراكب منقولاً مجاناً فهنا تدق المسألة، ما دام هذا المنقول لا يستطيع أن يرجع على ناقله إلا إذا أثبت عليه خطأ طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادتين 1383 — 1383، والتي قال بها القضاء في هذه الحقبة من الزمن.

لقد كان يترتب على ذلك أن يرجع المنقول مجاناً على المتصادم الآخر يطالبه بكل التعويض طبقاً لأحكام المادة 1/1384 وإذا دفع المتصادم الآخر كل التعويض رجع به على الناقل المجاني باعتباره جزءاً مما أصابه من ضرر، ويعني ذلك أن ينتهي الأمر بأن يدفع الناقل المجاني إلى المنقول المجاني كل التعويض ولكن بطريقة غير مباشرة، ودون أن يثبت المنقول المجاني عليه خطأ، وفي ذلك ما فيه من شذوذ، لأن القضاء كان يشترط أن يثبت المنقول مجاناً خطأً ناقله لكي يحصل على التعويض، وها هو يحصل منه على التعويض بطريقة غير مباشرة وبدون أن يثبت عليه خطأ!! ثم ما هو الخطأ الذي كان ينبغي أن يثبت ضد ناقله لكي يحصل على التعويض؟ ألم يشترط القضاء في التصادم الذي يعرض فيه كل من المتصادمين الآخر بكل ما يستحق له من تعويض إلا يكون أحدهما قد ارتكب خطأً؟ فكيف يطالب المنقول مجاناً بإثبات خطأ ناقله مع أن المفروض أنه لم يخطئ؟ ألم يترتب الضرر الذي أصاب المنقول مجاناً من تصادم لم يثبت فيه خطأ من أحد المتصادمين؟ وواقعة التصادم واحدة مشتركة بين المتصادمين ومفترض فيها الخطأ من جانب كل منهما، فلماذا لا يفترض خطأ الناقل المجاني نحو منقوله كما افترض خطؤه نحو المتصادم الآخر؟ ولماذا يستطيع المنقول مجاناً أن يرجع على المتصادم الآخر بالتعويض كله باعتبار أن خطؤه مفترض ولا يستطيع أن يرجع على ناقله لنفس الاعتبار؟

11 — لقد شعرت محكمة النقض بهذا الشذوذ فلجأت في هذا الصدد إلى نظرية السببية الجزئية التي تترتب عليها مسؤولية جزئية Causalité partielle responsabilité partielle وأصدرت حكماً بتأريخ

9/3/1962⁽¹⁾ في قضية Pilastère قالت فيه انه ليس على المتصادم الآخر أن يدفع للمنقول المجاني مع المتصادم معه الا نصف التعويض المستحق لهذا المنقول، باعتبار أن مسؤولية المتصادم الآخر مسؤولية جزئية لأن سيارته اشتركت في السببيه بالنصف، ولا يكون لهذا المتصادم الآخر أن يرجع على الناقل المجاني ينصف التعويض الذي دفعه. وإذا دفع التعويض كله للمنقول مجانا، فله أن يرجع على الناقل المجاني بالنصف الآخر إذا كان المنقول مجانا قد أثبت عليه خطأ ويكون الرجوع بهذا النصف الآخر بطريق الحلول la Surogation محل المنقول مجانا.

وقد انتقد الفقه انتقادا مريرا نظرية السببية الجزئية التي تترتب عليها مسؤولية جزئية.

كل ذلك تترتب على تثبيت القضاء باخضاع النقل المجاني لأحكام المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية طوال أربعين عاما.

12 — ولقد كان القضاء يشعر بأن في تشبته هذا ظلما وقسوة بالنسبة الى المنقول مجانا، ولذلك تلمس بعض الوسائل للتخفيف من هذا الظلم وللتلطيف من هذه القسوة في مطالبة المنقول مجانا باثبات خطأ الناقل المجاني، لا سيما وقد كانت بعض الأحكام لا تكتفي من المنقول مجانا باثبات أي خطأ ضد ناقله، بل تشترط اثبات خطئه الجسيم، مع أن المادة 1382 تكتفي باثبات أي خطأ ولو كان تافها ضد المسؤول، ومع أن هناك قاعدة موروثه من القانون الروماني تقول: *In lege Aquilia et Culpa levissima Venit* أي أن الخطأ التافه يكفي لقيام المسؤولية الأكيلية أي التقصيرية.

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1962 برقم 625 مع تعليق للأستاذ ساقاتبيه.

13 — عمد القضاء الفرنسي الى الوسائل الآتية للتخفيف من عبء اثبات الخطأ الواقع على عاتق المنقول مجانا.

أولا — تشدد كثيرا في اعتبار النقل مجانا، واشترط ان يكون تبرعا محضا لا شبهة فيه، فإذا اشترك المنقول مجانا في ثمن البنزين، أو ركب مع الناقل ليهديه الى الطريقة الصحيح، أو كان بائعا أو مشتريا يقود المتعاقد معه الى محل الصفقة، فان النقل في هذه الأمثلة لا يكون مجانيا، وإذا كانت مؤسسة تنقل موظفيها من وإلى محل العمل، فلا يعتبر النقل مجانيا، وإذا كانت شركات السكك الحديدية تمنح المجانية لمن يزيد عن ثلاثة من أفراد الأسرة، فلا تعتبر المنحة مجانية، ولا يعتبر المنقول المعفي منقولا مجانيا.

ثانيا — اعتبر أن الأصل في النقل ان يكون بأجر، وعلى الناقل أن يثبت أنه مجاني.

ثالثا — ابتكر القضاء الفرنسي بصدد النقل المجاني اصطلاح الخطأ بالقوة *la faute virtuelle* وبمقتضى هذا الابتكار اعتبر أن انحراف السيارة عن مسارها العادي يعتبر خطأ يعفي المنقول من اثبات خطأ الناقل، وانفجار اطار من اطارات السيارة أو فقد قائدها السيطرة عليها أو كسر مكابحها *le frein* أو كسر مقودها أو تجاوز الحد المقرر للسرعة، إذا تسبب عنه حادث وضرر للمنقول مجانا، فإنه يعفي من اثبات خطأ الناقل، لأنه مخفيء بالقوة *Virtuellement* وعلى الرغم من انتقاد الفقه لابتكار هذا الاصطلاح الذي لا سند له من القانون فقد استمر القضاء يطبقه طوال الأربعين عاما.

14 — وأمام الانتقادات اللاذعة التي كان الفقه يوجهها الى القضاء لتشبهه باخضاع النقل المجاني الى أحكام اثبات الخطأ، ولابتكاره اصطلاح الخطأ بالقوة، وهو لا يختلف كثيرا عن الخطأ المفترض، ونظرا الى أن الخشية على الناقل المتبرع من أن يلزم بالتعويض دون خطأ ثابت ضده قد أصبحت لا محل لها بعد أن أصدر المشرع الفرنسي قانون التأمين الاجباري عن

حوادث السيارات بتاريخ 1958/1/27، وأصبحت شركات التأمين هي التي تتولى دفع التعويض للمضرور سواء كان منقولاً بأجراً وبدون أجر، اضطر القضاء إلى العدول عن رأيه السابق وإلى أن يأخذ بالرأي الذي نادى به جوسران في تعليقه السابق الذكر سنة 1926، وهو إخضاع النقل المجاني لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، المنصوص عليها بالمادة 1/1384، فأصدرت الدائرة المختلطة لمحكمة النقض ثلاثة أحكام في يوم واحد وهو 1968/12/20⁽¹⁾ أخضعت فيه النقل المجاني لأحكام المادة 1/1384، واستثنت الأحوال التي نص عليها القانون وأرادت بهذا الاستثناء ما نص عليه تشريع الطيران المعدل في 1967/3/30، الذي قضى بإخضاع مسؤولية الناقل الجوي مجاناً لأحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، أي لأثبات خطأ ضده.

ويلاحظ أن الدائرة المختلطة *la chambre mixte* كانت مكونة من الدائرتين المدنيتين الأولى والثانية ومن الدائرة الجنائية.

15 — ولقد ترتب على هذا الانقلاب القضائي النتائج الآتية:

أولاً — أصبح للمنقول البري مجاناً أن يطالب ناقله بالتعويض عما أصابه من ضرر طبقاً لأحكام المادة 1/1384 التي تقضي بمسؤولية حارس الشيء غير الحي عما يحدثه من ضرر للغير، وتقوم على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس، ولا يدحض الابطاث السبب الأجنبي، أي القوة القاهرة، أو الحادث المفاجيء أو خطأ الغير الذي يكتسي صفات القوة القاهرة أو خطأ المضرور.

ثانياً — وبالنسبة إلى خطأ المضرور، كانت الدائرة المدنية الثانية المختصة بالنظر في مسائل المسؤولية التقصيرية، قد دأبت حتى سنة 1982،

(1) نشرت هذه الأحكام الثلاثة في دالوز سنة 1969 عدد 1 برقم 37.

على اعتبار فعل المضرور، ولو لم يكن خاطئاً، ولو لم تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة، مؤدياً الى اعفاء المسؤول اعفاء جزئياً، متى قد ساهم في احداث الضرر.

غير أن هذه الدائرة غيرت رأيها في حكم لها أصدرته في قضية ديمار Desmares بتاريخ 1982/7/21⁽¹⁾ قالت فيه أن خطأ المضرور، اما أن يكتسي خصائص القوة القاهرة، وحينئذ يعفي المسؤول اعفاء كلياً، واما إلا تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة، فلا يترتب عليه أي اعفاء ولو جزئياً.

واستمرت على قضائها هذا حتى سنة 1987، إذ عادت الى قضائها السابق على سنة 1982 وقضت بتاريخ 1987/4/6⁽²⁾ في ثلاثة أحكام منها بأن لحارس الشيء الذي سبب ضرراً للغير أن يثبت أن خطأ المضرور قد ساهم في أحداث الضرر وحينئذ يعفي من المسؤولية اعفاء جزئياً، واستمرت على قضائها هذا حتى الآن.

ثالثاً — إذا اعتبر الفعل الضار الذي ارتكبه الناقل المجاني جريمة جنائية ورفعت عنه دعوى عمومية أمام القضاء الجنائي، فليس للمنقول مجانا أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية، وذلك لأن الضرر الذي أصابه لم ينشأ من الجريمة، وإنما يترتب على خطأ مفترض في الحراسة، والدعوى المدنية لا ترفع أمام القضاء الجنائي بالتبعية للدعوى العمومية الا إذا كان الضرر قد تترتب على الجريمة. وإذن فليس للمنقول مجانا الا أن يرفع دعواه أمام القضاء المدني.

(1) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1982 برقم 449.

(2) نشرت هذه الأحكام الثلاثة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1987 برقم 767 مع تعليق الأستاذ Huet.

رابعا — ويترتب على ما تقدم من استقلال الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية نتيجتان:

الأولى — هي أن ليس على القاضي المدني أن يقف الفصل في الدعوى المدنية حتى يفصل القاضي الجنائي في الدعوى الجنائية، أي لا تطبق هنا قاعدة *le Criminet tient le civil en état*. النتيجة الثانية هي أن للقاضي المدني أن يحكم في الدعوى المدنية غير متقيد بما قضى به الحكم الجنائي، أي أنه لا يؤخذ هنا بأن للحكم الجنائي حجية بالنسبة الى الحكم المدني، وهي الحجية التي نصت عليها المادة 339 م. ج. وعلى ذلك فإذا قضى الحكم الجنائي ببراءة الناقل المجاني من الجريمة الجنائية، فإن للقاضي المدني أن يحكم عليه بالتعويض طبقا لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء.

خامسا — إذا كان الضرر الذي أصاب المنقول المجاني قد حدث بسبب تصادم، فإن له أن يرجع بالتعويض على ناقله دون اثبات خطأ ضده، كما أن له أن يرجع على المتصادم الآخر باعتباره مدينا متضامما *In Solidum* كما أن له أن يرجع على الاثنين متضامين. وإذا دفع أحد المتصادمين كل التعويض فإن له أن يرجع بالنصف على المتصادم الآخر باعتباره مدينا متضامما وله حق الحلول *la Subrogation* محل المنقول مجانا طبقا لأحكام الحلول المنصوص عليها بالمادة 1281/3 مدني فرنسي، وبالمادة 621/2 م. ج. هذه هي أحكام النقل المجاني في فرنسا، فما هي أحكامه في القوانين العربية؟

16 — لم تتعرض القوانين العربية للنقل المجاني، بل ولا لنقل الأشخاص بأجر محتذية في ذلك حذو القانون المدني الفرنسي، ولذلك فقد ترك الأمر في النقل المجاني لاجتهاد الفقه والقضاء.

فلنستعرض أولا الرأي في القانون المصري، لأن كثيرا من القوانين العربية حذت حذوه ثم نستعرض بعد ذلك موقف القانون الجزائري من النقل المجاني.

17 — اعتبر القانون المدني المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية مسؤولية استثنائية، لا تطبق الا على بعض الأشياء فقط، وهي الأشياء الخطيرة والتي تتطلب حرساتها عناية خاصة، فنصت المادة 178 منه على مايلي: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حرساتها عناية خاصة، أو حراسة آلات ميكانيكية، يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجني لا يد له فيه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

ويقابل هذا النص في القانون المدني السوري نص المادة 179، وفي القانون المدني الليبي نص المادة 181، وفي القانون المدني العراقي المادة 231، وفي القانون المدني اللبناني المادتان 131/132.

وهكذا اقتصررت هذه القوانين على الأشياء الخطيرة، ووقفت عند المرحلة التي كان القضاء الفرنسي قد وصل اليها في سنة 1927 في أول قضية خاصة بالطفلة جان دير، وكان متأثراً في القول بخطورة الشيء برأي الأستاذ ريبير في تعليقات له في دالوز من سنة 1925، ولكن حكم الدوائر المجتمعة في قضية جان دير في سنة 1930، قضى على فكرة خطورة الشيء، وسرى أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بفكرة الخطورة.

وإذن فالمسؤولية عن فعل الشيء في القوانين العربية السابقة الذكر تعتبر مسؤولية استثنائية، والاستثناء لا يتوسع فيه، ولا يقاس عليه، فلا يمكننا أن نخضع النقل المجاني لهذه النصوص. ولقد تولى الفقه والقضاء في مصر التعرض لحكم النقل المجاني، فرأي الأستاذ السنهاوري أن المنقول مجاناً لا يستطيع الرجوع على ناقله الا إذا اثبت عليه خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾ وقد أورد أحكاماً صدرت من القضاء المصري⁽²⁾ أخضعت

(1) الوسيط ج 1 ص 924 بند 546 طبعة بيروت سنة 1973.

(2) أنظر هذه الأحكام في الهامش رقم 2 بالصفحة 923 من المرجع السابق الذكر.

مسئولية الناقل المجاني الى أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ولم تكتف بضرورة اثبات أي خطأ، بل اشترطت اثبات خطأ جسيم، وقد صدرت هذه الأحكام من القضاء الوطني ومن القضاء المختلط قبل صدور القانون المدني الجديد، وبالطبع لم يتغير القضاء المصري بعد صدور القانون المدني الجديد الذي لم يتناول النقل المجاني.

ولقد تعرضت مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون للنقل المجاني فقالت: «... ومع ذلك تطبق القواعد العامة في المسؤولية في حالتين استثنائيتين: هما حالة تصادم الآلات الميكانيكية وحالة النقل على سبيل المجاملة. فالواقع أن طبيعة الأشياء في الحالة الأولى ونية الطرفين المفروضة في الحالة الثانية، تقتضيان إعمال هذا الحكم»⁽¹⁾.

18 — أما موقف القانون الجزائري، فبالنسبة الى القانون المدني، لا نجد فيه نصا يتعرض للنقل البري بأجر أو بدون أجر، شأنه في ذلك شأن القوانين العربية السابقة الذكر، أما القانون التجاري الجزائري فقد أورد عقد نقل الأشخاص بالمواد من 62 الى 68، ولكنه لم يتعرض للنقل المجاني، وقد أخذ بما أخذ به القضاء الفرنسي من التزام الناقل بأجر بإيصال المسافر سليما معافي إلى الجهة المقصودة، أي بالالتزام بالسلامة *l'Obligation de sécurité* وإذا رجعنا الى القانون المدني، وجدنا أنه قد أراد أن يواكب القضاء الفرنسي في آخر مراحلها، فأورد نص المادة 138، الخاصة بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية على النحو التالي:

«كل من تولى حراسة شيء وكانت له (عليه سلطات) الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب

(1) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 436 بند 3.

لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة» وعلى الرغم من العيوب التي شابت هذا النص، والتي تعرضنا لها في مجلة الشرطة⁽¹⁾، فإنه قد جاء بقاعدة عامة لمسؤولية حارس الشيء، فعمم مسؤوليته عن حراسة كل شيء صغيرا كان أو كبيرا، خطرا كان أو غير خطر، منقولا كان أو عقارا في ما عدا ما استثنى بنص خاص كما هي الحال في التهدم المنصوص عليه بالمادة 2/140.

ومن شأن عمومية هذا النص أن يطبق على كل حارس لشيء وبصرف النظر عما إذا كان غير مأجور إذا أن القاعدة القانونية تقضي بأن لا تخصيص دون نص مخصص.

ولذا فاني اعتقد أن نص المادة 138 يسرى على الناقل المجاني، كما انتهى إليه الأمر في القضاء الفرنسي، الذي أراد المشرع الجزائري أن يأخذ بآخر ما وصل إليه في نهاية مراحله، لا سيما وقد أصدر المشرع الجزائري الأمر المؤرخ في 30/1/1974 برقم 74-15، الذي جعل التأمين عن حوادث السيارات الزاميا، ونص في المادة الثامنة منه على ما يلي:

«كل حادث مرور يسبب أضرارا جسمية يعطي الحق في التعويض لكل مضرور» ولم يفرق هذا النص بين المضرورين، بحيث يشمل المضرور المنقول مجانا، ولا ضير في ذلك على الناقل المجاني ما دام التأمين يدفع التعويض ولقد سار القضاء الجزائري على تعميم هذين النصين، المادة 138 م.ج، والمادة 8 من الأمر السابق الذكر، على المنقول بدون أجر، وعلى ذلك تطبق على النقل المجاني هنا، النتائج الخمس التي سبق ذكرها.

(1) أنظر مجلة الشرطة العدد رقم 30، الصادر في شهر ماي سنة 1986، وعدد رقم 33 الصادر في أبريل سنة 1987.

التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين العربية

تمهيد:

التعويض الاتفاقي هو جزاء يتفق عليه المتعاقدان عند التعاقد أو عقب التعاقد، سواء عند عدم تنفيذ المدين التزامه العقدي أو لتأخره في تنفيذه. وقد سمي عندنا الشرط الجزائي، نقلا عن القانون المدني الفرنسي الذي سماه la Clause pénale متأثرا في هذه التسمية بالقانون الروماني الذي سماه Stipulatio poenae.

ولقد كان القانون الروماني يستعمل اصطلاح Stipulatio poenae لتأكيد تنفيذ الوعود التي لم تكن ملزمة طبقا لأحكام القانون المدني Jure Civili، كما لو كانت لم تستوف الشكل المطلوب، الذي كان وحده هو الذي ينشئ العقد بصرف النظر عن الارادة. وبما أن العقود قد أصبحت اليوم ملزمة كلها بقوة القانون طبقا لنص المادة (106 م.ج) التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، أي قانونهما الخاص، ولنص المادة (1/107 م.ج) التي تقضي بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبحسن نية، فإن طبيعة هذا الشرط قد تغيرت وأصبح الشرط الجزائي جزاء Sanction لعدم تنفيذ الالتزام أو للتأخر في تنفيذه.

وقد ورد النص عليه في المادة (183 م.ج) المقابلة للمواد (223 م. مصري، 224 م. سوري و 225 م. ليبي)، «يجوز للمتعاقدين أن يحددا

مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...» وفيما يلي نبحث أهم النقاط التي يثيرها هذا الشرط الجزائي.

1 - هل يجوز تعديله؟

أولا - في القانون المدني الفرنسي:

صدر القانون المدني الفرنسي في سنة 1804 متأثرا بمبادئ الثورة الفرنسية، التي قامت على أساس المذهب الفردي l'Individualisme ومبدأ سلطان الارادة l'autonomie de la volonté، فورد به نص المادة (1134) الذي يقضي باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه الا باتفاق المتعاقدين أو لسبب قانوني وتطبيقا لهذا المبدأ، نص هذا القانون على الشرط الجزائي بالمادة (1152) بقوله: «إذا اشتمل العقد على شرط يقضي بالتزام المدين الذي لم ينفذ التزامه بدفع مبلغ بصفة تعويض، فلا يمنح للطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل...» أي أنه اعتبر الشرط الجزائي مقدسا غير قابل للزيادة أو للتخفيض، مهما زادت قيمة الضرر أو قلت عن القيمة المحددة به غير أن القرن العشرين قد شهد تقلصا مستمرا في مبدأ سلطان الارادة، بعد أن تدخلت الدولة في تنظيم الكثير من العقود، وظهرت المبادئ الاشتراكية التي اكتسحت المذهب الفردي، وأخذت قيمة العملات تنقلب، وظهر التضخم l'Inflation، لا سيما بعد الحربين العالميتين اللتين هزتا الأسس الاقتصادية في العالم، مما ترتب عليه أن تدهورت القوة الشرائية للعملات، وأصبح التمسك بالتعويض المقدر بالشرط الجزائي يتضمن ظلما فادحا للدائن إذا ما تجاوزت فداحة الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ المدين التزامه قيمة التعويض المحدد بالشرط، كما اتضح أن الضرر الذي يصيب الدائن قد يكون تافها بالنسبة الى القيمة المحددة بالشرط فينزل بالمدين ظلم فاحش إذا دفع المبلغ المحدد بالشرط.

وأخذ الفقه يوجه النقد الميرير الى نص المادة (1152)، لا سيما وأن القضاء كان يتمسك بتطبيقها حرفياً، ومن أمثلة ذلك حكم أصدرته الدائرة المدنية لمحكمة النقض في 14/2/1866⁽¹⁾، نقضت به حكماً عدل المبلغ المحدد بالشرط الجزائي. وأمام ذلك كله، اضطر المشرع الفرنسي الى اصدار قانون بتاريخ 9/7/1975 أضاف بمقتضاه فقرة ثانية الى المادة (1552)، تقضي بما يلي:

«ومع ذلك، فيجوز للقاضي ان يخفض أو يزيد المبلغ المتفق عليه بالشرط، إذا رأى ان هذا المبلغ يزيد زيادة فاحشة عن قيمة الضرر أو رأي انه تافه بالنسبة الى قيمة الضرر». وهكذا خالف المشرع الفرنسي القانون الألماني (المادة 1/343) والسويسري (المادة 3/163) والاطالي (المادة 1384). غير أن الفقه والقضاء اتفقا على ان ليس للقاضي أن يجري هذا التخفيض أو هذه الزيادة من تلقاء نفسه، وأنه ينبغي للمدين أن يطلب التخفيض، وللدائن أن يطلب الزيادة، ولذلك اضطر المشرع الفرنسي الى اصدار قانون آخر في 11/10/1985 منح القاضي سلطة التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه D'office، وبذلك أصبح التعويض المتفق عليه بالشرط الجزائي قابلاً للتخفيض أو للزيادة دون طلب من المتعاقدين، وساغ للفقه هناك أن يقول إن الشرط الجزائي أصبح غير ذي قيمة.

ثانياً — في القوانين العربية:

نصت الفقرة الثانية من المادة (184 م.ج)، وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة (224 م. مصري) ومن المادة (225 م. سوري) والمادة (227 م. ليبي)، على مايلي:

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1866 عدد 1 برقم 84.

«ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً...» وهكذا أجاز القانون عندنا للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المقدر بالشرط، ولكن بشرط أن يطلب المدين التخفيض، وأن يثبت أن مبلغ التعويض مفرط بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ، أو كما نقول القوانين المصرية الأخرى أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه، ودون طلب من المدين، ودون إقامة المدين الدليل على أن التقدير مفرط. ثم نصت المادة (185 م. ج)، المقابلة للمادة (255 م. مصري) وللمادة (226 م. سوري) وللمادة (228 م. ليبي)، على مايلي:

«إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً».

وهكذا أجاز القانون للقاضي أن يزيد المبلغ المحدد في الشرط الجزائي ولكن بشرط أن يطلب الدائن الزيادة وأن يثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ التزامه. وإذا لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ التزامه، أو عجز الدائن عن إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم، فلن يحصل الدائن على أية زيادة في المبلغ المحدد بالشرط الجزائي، مهما كان الضرر الذي أصابه من عدم تنفيذ المدين التزامه فادحاً، ومهما كانت القيمة الشرائية للعملة المتفق عليها قد انهارت كما نرى الآن.

وهذا مناف للعدالة، وكان ينبغي لمشرعنا أن يساوي بين الدائن والمدين، كما فعل المشرع الفرنسي، وأن يمنح القاضي سلطة إجراء التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه. إلى جانب ذلك، يثير الشرط الجزائي التساؤل الآتي:

2 — هل يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي حدوث ضرر للدائن؟

أولا في القانون الفرنسي:

لم يرد في نص المادة (1152)، لا قبل تعديلها ولا بعده، أي ذكر لشرط الضرر، ولذلك رأى بعض الفقهاء هناك⁽¹⁾ أنه لا ضرورة لضرر يصيب الدائن حتى يستحق الشرط الجزائي، وأنه يكفي أن يثبت الدائن أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه حتى يستحق التعويض المحدد بالشرط الجزائي دون حاجة الى اثبات ضرر أصابه، لأن الشرط متفق عليه كتعويض عن عدم تنفيذ المدين التزامه، بصرف النظر عما إذا كان عدم التنفيذ يترتب عليه أولا يترتب عليه ضرر، لأن عدم التنفيذ في ذاته يترتب ضررا ولو معنويا للدائن.

أما القضاء الفرنسي فقد قضى بأن للقاضي أن يعفى المدين من التعويض المقدر بالشرط الجزائي إذا رأى أن الدائن لم يصيب بأي ضرر⁽²⁾.

ثانيا — في القوانين العربية:

يستخلص من النصوص العربية أن الضرر شرط في استحقاق التعويض بالشرط الجزائي، باعتبار أنه تعويض اتفاقي في المسؤولية العقدية، وبما أن الضرر ركن في المسئوليتين، ولا مسئولية دون ضرر، وبما أن عدم تنفيذ المدين التزامه لا بد أن يترتب عليه ضرر للدائن، ولو على الأقل معنويا، لأن الدائن لم يترتب هذا الالتزام في ذمة المدين عبثا، ودون أن تكون له مصلحة في تنفيذه، فلا مناص من القول بأن الشرط الجزائي، أي التعويض الاتفاقي، لا يستحق إذا لم يترتب على عدم تنفيذ المدين التزامه أي ضرر للدائن ولذلك نصت المواد (1/184 م.ج، 1/224 م مصري، 1/225 م. سوري 1/227 م. ليبي) على مايلي:

(1) أنظر في ذلك مؤلف مازو عن المسؤولية المدنية ج3 المجلد الثاني الأستاذ Chabas ص 175 — 176.

(2) أنظر حكم الدائرة التجارية لحكمة النقض الفرنسية في 13/3/1979 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1979 عدد 2 برقم 343.

«لا يكون التعويض المحدد في الانفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر» أي أن الأصل هو أن عدم تنفيذ المدين التزامه يترتب عليه ضرر للدائن، إلا إذا أثبت المدين أن عدم التنفيذ لم يترتب عليه أي ضرر للدائن، وهذا الاثبات جد عسير، إذ قلما يكون عدم تنفيذ المدين التزامه لم يترتب عليه ضرر للدائن ولو على الأقل معنوي، والا كان الدائن عابثا في إيجاد هذا الالتزام.

3 — ما مدى سلطة القاضي في زيادة المبلغ المحدد بالشرط أو في تخفيضه؟

بما أن القانون الفرنسي قد منح القاضي سلطة زيادة المبلغ بالشرط أو تخفيضه، فقد تساءل الفقه هناك عما إذا كانت سلطة القاضي مطلقة أو مقيدة بحدود معينة؟ وقد انتهى الرأي إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يزيد في المبلغ المحدد بالشرط أو أن يخفضه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من عدم تنفيذ الالتزام، ولم يؤخذ بالرأي الذي كان يقول بالأخذ بالمعيار المحدد للغبن وهو 12/7، بحيث لو كان المبلغ المحدد بالشرط يقل عن 12/7، من قيمة الضرر فلا يكون هناك غبن وبالتالي فلا تخفيض فيه، أما لو كان يزيد عن 12/7، فيكون المدين مغبونا ويجوز للقاضي التخفيض نبذ هذا الرأي لأنه يريد تطبيق معيار الغبن على الشرط الجزائي مع أنه لا علاقة بين الاثنين⁽¹⁾.

4 — هل يجب لاستحقاق التعويض المقدر بالشرط الجزائي سبق اعدار المدين؟

أولا — في القانون الفرنسي:

نصت المادة (230 مدني) على ضرورة الاعذار سواء كان قد حدد أجل لتنفيذ الالتزام الأصلي أو لم يحدد.

(1) أنظر في هذا الرأي مازو: المرجع السابق الذكر ص 171.

ثانياً — في القوانين العربية:

نصت المادة (183 م.ج) في آخرها على أن تطبق على الشرط الجزائي أحكام المواد من 176 الى 181، ومن بين هذه المواد، المادة (179 م.ج)، التي تنص على ما يلي:

«لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك» وهذه المادة (183) تقابل المواد (223 م. مصري، 224 م. سوري، 227 م. ليبي).

فلا عذار عندنا واجب لاستحقاق التعويض المقدر بالشرط كما في فرنسا.

5 — هل يجوز الجمع بين الشرط الجزائي والتفويض؟

أولاً — في القانون الفرنسي:

من البديهي ان التعويض المقدر بالشرط الجزائي يعتبر جزاء تعويضياً عن عدم تنفيذ الالتزام Intérêts Compensatoires، وإذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي، حل محله التعويض المقرر بالشرط الجزائي، ولا يتصور ان يجمع الدائن بين الاثنين، وهو ملزم بأن يطالب المدين أولاً بتنفيذ التزامه، وبأن يعذره لذلك، فإذا لم ينفذ المدين التزامه، انتقل الدائن الى المطالبة بالتعويض المقدر بالشرط الجزائي، بل ولا يجوز للدائن أن يطالب المدين أولاً بالتعويض المقدر بالشرط، كما أنه ليس للمدين أن يختار بين تنفيذ الالتزام وبين التعويض المقدر بالشرط، إذ ليس الالتزام هنا بديلاً alternative تبرأ ذمة المدين بالقيام بأحدهما.

وعلى ذلك فلا يجوز للدائن ان يجمع الاثنين، تنفيذ الالتزام الأصلي والتعويض المقدر بالشرط. غير أن الشرط الجزائي قد يكون مشروطاً لعدم

تتميز الالتزام أو للتأخر في تنفيذه، وفي هذه الحالة إذا تأخر المدين بعد اعداره في تنفيذ الالتزام، ثم قام بتنفيذه متأخرا، فإن للدائن ان يطالبه بالتعويض المقرر بالشرط الجزائي لتأخيره في تنفيذ الالتزام، ويكون التعويض في هذه الحالة بمثابة فوائد تأخيرية **Intérêts moratoires**.

وقد تناول نص المادة (2/1229 م.ف) هذه الحالة فقضى «بأن ليس للدائن ان يطلب الأصل والتعويض معا، إلا إذا كان التعويض المقدّر بالشرط مشروطا لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام».

وقد أصدرت الدائرة الأولى لمحكمة النقض هناك حكما بتاريخ 10/2/1966⁽¹⁾ قالت فيه. «ان من الجائز ان يشترط التعويض بالشرط الجزائي، ليس فقط لعدم تنفيذ الالتزام، بل وكذلك لكل اخلال آخر بتنفيذه».

بل ان مشروع القانون الفرنسي الايطالي نص بالمادة 165 منه، على أنه يجوز الجمع بين الأصل والشرط إذا كان التعويض المقدّر بالشرط يعتبر بمثابة غرامة تهديدية *Astreinte* وقضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض هناك في حكم لها بتاريخ 31/5/1978⁽²⁾ بجواز الجمع بين التعويض المتفق عليه بالشرط الجزائي والتنفيذ المتأخر.

ثانيا في القوانين العربية:

لم يرد في هذه القوانين بين النصوص الخاصة بالشرط الجزائي، ما يفيد أنه قد يشترط لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام، بل اقتصرّت النصوص عندنا على اشتراطه لعدم تنفيذ الالتزام.

(1) نشر هذا الحكم ف مجموعة الأحكام المدنية سنة 1966 عدد 1 برقم 94.

(2) نشر هذا الحكم في جازيت باليه سنة 1978 عدد 2 برقم 336.

وبما أن الفوائد التأخيرية محرمة في الجزائر بين الأفراد (المادة 454)، فلا يجوز أن يشترط شرط جزائي لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام النقدي، ومع ذلك فقد نصت المادة (186 م.ج) على أنه: «إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير» وهكذا قصر القانون المدني الجزائري التعويض التأخيري les intérêts moratoires على محل الالتزام النقدي، مما يستخلص منه بمفهوم المخالفة، أنه ليس هناك تعويض تأخيري إذا لم يكن محل الالتزام نقودا، ثم اشترط أن يصيب الدائن ضرر من هذا التأخير.

ولا يتصور إن يقدر هذا التعويض بشرط جزائي مقدما، يقترن بالعقد أو يلحق به، لأن مقدار النقود لا يحدد الا وقت رفع الدعوى، ولا يعرف الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير الا عند رفع الدعوى، وإذن فان التعويض عن التأخير يقدره القاضي.

أما القانون المدني المصري (المادة 226)، وكذلك القوانين التي حذت حذوه، فلم تختلف في هذا الصدد عن القانون المدني الجزائري إلا في تحديد التعويض التأخيري بسعر عين للفوائد. وعلى ذلك فلا محل في القوانين العربية للاتفاق على شرط جزائي يشترط لمجرد التأخير في تنفيذ أي التزام.

6 — ما هو الحل إذا ورد الشرط الجزائي في عقد من عقود الاذعان؟

عقود الاذعان هي التي تسمى بالفرنسية Contrats d'adhésion، أي عقود انضمام، وهي عقود تتم بين محتكر لسلعة أو لخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، وبين طرف مضطر الى الحصول على هذه السلعة أو على هذه الخدمة، فيدعن لكل ما يمليه عليه الطرف المحتكر، وكثيرا ما تكون هذه

العقود مطبوعة في نموذج موحد، ويقتصر دور الطرف المذعن على التوقيع عليها دون أن يستطيع مناقشة ما ورد بها من شروط قد تكون بالغة التعسف. فماذا يكون مصير الشرط الجزائي التعسفي الذي يرد في مثل هذه العقود؟

أولا — في القانون الفرنسي:

لم يتعرض القانون المدني الفرنسي لعقود الاذعان، لقيامه على أساس المذهب الفردي ومبدأ سلطان الارادة، وبالتالي فإذا ورد شرط جزائي تعسفي في عقد من عقود الاذعان فليس أمام الطرف المذعن الا أن يتقدم الى القضاء، وليس أمام القاضي الا أن يطبق المادة (1152) التي تعطيه الحق في تخفيض الشرط فقط إذا كان مبالغا فيه، ولا تمنحه الحق في الغاء الشرط واعفاء الطرف المذعن منه.

ثانيا — في قوانيننا العربية:

تقدمت قوانيننا العربية في هذا الصدد على القانون المدني الفرنسي، ووقفت الى جانب الطرف المذعن تحميه من الشروط الجزائية التعسفية، وأجازت للقاضي اعفاء المذعن منها مع بقاء العقد ساريا، فنصت المادة (110 م. ج)، المقابلة للمادة (149 م. مصري)، وللمادة (150 م. سوري) وللمادة (149 م. ليبي)، على مايلي:

«إذا تم العقد بطريقة الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

وإذن فمهما اشترط الطرف المحتكر على الطرف المذعن عدم اللجوء الى القضاء للتخفيف من الشروط التعسفية أو لالغائها، فان مثل هذا

الاشتراط يكون باطلا، وللطرف المذعن أن يلجأ الى القضاء للتخفيف من قسوتها أو لاعفائه منها، ويظل العقد ساري المفعول بالنسبة الى باقي بنوده. وذلك لأن نص المادة (110 م. ج) يقضي بأن حكمها من النظام العام لا تجوز مخالفته.

7 — هل يتصور ورود الشرط الجزائي لتعديل أحكام المسؤولية التقصيرية.

أولا — في القانون المدني الفرنسي:

لم يورد القانون المدني الفرنسي أي نص مثل لما ورد في قوانيننا العربية يقضي ببطالان كل اتفاق يعفي أو يخفف من المسؤولية التقصيرية، ولكن على الرغم من عدم وجود مثل هذا النص فإن القضاء الفرنسي قد استقر منذ عهد بعيد على أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام *D. ordre public*، فلا يجوز للأفراد مخالفتها بأي اتفاق يعدل من أحكامها، سواء كانت مسؤولية عن الأفعال الشخصية أو عن فعل الغير، أو عن فعل الأشياء.

والواقع هو إنه إذا كان دور الأفراد في النطاق العقدي هو الأصل، ففي المسؤولية التقصيرية لا دخل لارادة الأفراد بتاتا، بل ان القانون وحده هو الذي تولى تنظيم أحكامها، فكيف إذن يتصور فيها أن تتفق ارادة الأفراد على شرط جزائي مقدما؟

وفضلا عن ذلك فإذا كان الدائن والمدين في النطاق العقدي يعرف كل منهما الآخر عند التعاقد، فليس الأمر كذلك في المسؤولية التقصيرية التي لا يعرف فيها المسؤول المضرور قبل وقوع الفعل الضار، فكيف يتصور ان يتفقا مقدما على شرط جزائي وهما لم يلتقيا قبل وقوع هذا الفعل؟ ومع ذلك فقد رأى بعض الفقه الفرنسي جواز ورود الشرط الجزائي في المسؤولية

التقصيرية⁽¹⁾، وقالوا ان المواد 1382 الى 1386 ليست من النظام العام، وليست قواعد أمر Imperatives ولم يرد بها ما يفيدان الاتفاق على مخالفة أحكامها باطل. ثم إذا فرضنا جدلاً أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فإن الالتزام شيء والمسئولية عن مخالفته شيء آخر، ولا شيء يمنع من الاعفاء أو التخفيف من هذا الالتزام. ويضيفون الى ذلك ان القانون الروماني، وهو المصدر الأكبر للقانون المدني الفرنسي، لم يكن يحرم الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية الأكيلية، فيما عدا الاتفاق على الاعفاء من الخطأ العمدي، وأنه إذا كان واضعو القانون المدني الفرنسي قد ذكروا أحكام شروط الأعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية دون أن يتعرضوا لمثل هذه الشروط في المسؤولية التقصيرية، فانما يرجع ذلك الى أن هذه الشروط كثيرة الورود في المسؤولية العقدية ونادرة في المسؤولية التقصيرية، ولذلك نسي واضعو القانون المدني التعرض لها.

ويضرب هؤلاء الفقهاء أمثلة عملية للاعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية:

مثل صاحب مصنع يتفق مع جيران مصنعه على عدم مسؤوليته عن الأضرار التي عسى أن يحدثها ضجيج آلات المصنع، أو الأدخنة التي تنساب من مداخنه، أو الروائح الكريهة التي تنبعث منه، وذلك في مقابل ان يدفع لهم مبلغاً سنوياً محدداً، أو أن يبيعهم منتجاته بأسعار مخفضة.

ومثل الجيران في الأراضي الزراعية يتفقون فيما بينهم على عدم مسؤوليتهم عما تحدث حيواناتهم أو دواجنهم من أضرار بزراعة الجيران على سبيل التبادل.

(1) أنظر في عرض رأي الفقه مازو ج 3 مجلد 2 تأليف Chabos ص 155 وفي الهامش رقم 3 الفقهاء الذين يشاطرونه هذا الرأي.

ومثل أصحاب خيول السباق يتفقون بينهم مقدما على عدم مسئولية كل منهم عما تحدثه الخيول من أضرار لبعضها، على سبيل التبادل.

غير أن هؤلاء الفقهاء يتفقون في الرأي مع القضاء على تحريم الاتفاق على عدم المسئولية عن الخطأ العمدي أو الجسيم، وعلى تحريم شرط الاعفاء من المسئولية عن الضرر الذي يصيب جسم الإنسان، وهي شروط باطلة في المسئولية العقدية كذلك. كما أنهم يستثنون ما ورد في قوانين خاصة من تحريم شروط الاعفاء أو التخفيف، مثل قوانين المرور.

ثانياً — في القوانين العربية:

لقد أوردت القوانين العربية نصاً صريحاً قاطعاً يقضي بمايلي: «ويطُل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسئولية الناجمة عن العمل الإجرامي» أي عن الفعل الضار (المادة 3/178 م. جزائري) المقابلة للمواد (3/217 م. مصري 3/218 م سوري و 3/220 م. ليبي)، ومع أن هذه النصوص منعت الاتفاق على الاعفاء فقط، فإن من المتفق عليه فقها عندنا وقضاء عندنا وفي فرنسا، الحاق شروط التخفيف من المسئولية التقصيرية بشروط الاعفاء منها.

وإذن، فطبقاً لقوانيننا العربية، كل شرط يعفي أو يخفف من المسئولية التقصيرية باطل، ففي الأمثلة التي يضربها الفقه الفرنسي لصاحب المصنع، وللجيران في الزراعة، ولأصحاب خيول السباق، يعتبر الاتفاق فيها على الاعفاء من المسئولية باطلاً طبقاً لقوانيننا العربية. غير أنه إذا تضمن الشرط الجزائي ترتيب مسئولية غير مقررة قانوناً، أو تضمن التشديد في المسئولية التقصيرية، فليس في قوانيننا العربية ما يمنع من ذلك بمفهوم المخالفة فمثلاً، يقضي نص المادة (2/691 م. جزائري) بأن: «ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة...»، وليس هناك ما يمنع من أن يشترط جار مسئوليته عما ينشأ عن المضار المألوفة من إزعاج وإقلاق للجيران».

كما أنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية، مثال ذلك ان يتفق معلم الحرفة مع والد الصبي الذي يعلمه الحرفة على أن يكون مسئولا عن كل ما يحدثه الصبي من أضرار، وعلى أن تكون مسؤوليته مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس، مع أن القانون يفترض مسؤوليته افتراضا قابلا لاثبات العكس (م 2/135 م. جزائري).

أو أن يشترط المسئول عن فعله الشخص أن يكون خطؤه مفترضا، مع أن القانون يعتبر خطأه واجب الاثبات.

أضف الى ذلك ان قوانيننا العربية، قد أجازت بمقتضى النصوص السابقة الذكر، ان يتفق الدائن والمدين على اعفاء هذا الأخير من المسؤولية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية التي تترتب على الأضرار التي يحدثها مساعدوه في تنفيذ الالتزام ولو كانت ناشئة عن غش أو خطأ جسيم من هؤلاء المساعدين، وهو ما لم يقبله القضاء الفرنسي.

8 — حالات يتعطل فيها تطبيق الشرط الجزائي كليا أو جزئيا:

هناك اتفاق عندنا وفي فرنسا على تعطيل تطبيق الشرط الجزائي كليا أو جزئيا في الحالات الآتية:

أولا — إذا كان العقد باطلا فان الشرط الجزائي الوارد به يبطل معه (المادة 1227 م. فرنسي) ولا مقابل لها في قوانيننا العربية. غير أن العكس غير صحيح، فإذا بطل الشرط الجزائي فلا يترتب على بطلانه بطلان العقد (نفس المادة الفرنسية السابقة الذكر)، غير أنه إذا كان الشرط الجزائي هو الباعث الدافع الى إبرام العقد، فإن بطلانه يترتب عليه بطلان العقد كله (المادة 104 م. جزائري، 143 م. مصري، 144 م. سوري، 143 م. ليبي) وهو حكم لم يتعرض له القانون المدني الفرنسي الذي لم يورد نظرية انقاص العقد.

ثانياً — إذا كان عدم تنفيذ المدين التزامه نشأ عن غشه أو عن خطئه
الجسيم (المادة 1150 م. فرنسي، 2/182 م. جزائري، 2/221 م.
مصري، 2/222 م. سوري، 2/224 م: ليبي⁽¹⁾).

فطبقاً لهذه النصوص يسأل المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً
عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، ولا يجوز له أن يتمسك بالتعويض المقدّر
في الشرط الجزائي، ولكن يجوز للدائن أن يتمسك بالشرط الجزائي إذا كان
التعويض المقدّر به يزيد عن التعويض المقدّر للضرر المتوقع وغير المتوقع.

(هذا ويلاحظ أن المادة 1150 من القانون المدني الفرنسي قد اقتصرّت
على الغش *le dol*، ولم تورد إلى جانبه الخطأ الجسيم، في حين أن قوانيننا
العربية أوردت الخطأ الجسيم إلى جانب الغش، وقد اتفق الفقه والقضاء في
فرنسا على إلحاق الخطأ الجسيم بالغش، مع أن الغش ينطوي على سوء النية
بينما الخطأ الجسيم قد يكون بحسن نية. وقد كانت المساواة بين الأثنين تطبيقاً
للقاعدة اللاتينية التي تقول: *Culpa lata dolo aequipartur* أي أن الخطأ
الجسيم يساوي الغش، ومع ذلك فإن قانون التأمين الفرنسي الصادر في
1930/7/13، قد أجاز، في المادة 12 منه، التأمين من المسؤولية التي
تترتب على الخطأ الجسيم، وفرق هكذا بين الخطأ العمدى والخطأ الجسيم
فأجاز التأمين من الثاني دون الأول).

ثالثاً — لا يقبل الشرط الجزائي لتعويض ضرر يصيب جسم الإنسان،
لأن حرمة جسم الإنسان تقتضي عدم المساس بها بمقتضى الاتفاق، ويجب
أن يكون التعويض كاملاً عن كل ضرر يمس جسم الإنسان. غير أن
للمضرور في جسمه أن يتمسك بالشرط الجزائي إذا كان التعويض المقدّر
به يزيد عن التعويض الذي يقدر للضرر الجسمي، لأن الشرط الجزائي يحتج
به على المدين لا على الدائن.

(1) يلاحظ أن القانون المدني الألماني يفرق بين الغش فلا يجيز الاعفاء منه، وبين الخطأ الجسيم فيجيز
الاعفاء منه (المادة 276 مدني).

رابعا — يقضي القانون الفرنسي، كما تقضي القوانين العربية، ببطلاق الشرط الذي يشترطه البائع لعدم مسؤوليته عن فعله الشخصي فيما يتعلق بالتزامه بالضمان (المادة 1628 م. فرنسي، م. 1/378 م. جزائري، م. 1/1446 م. مصري، 1/447 م. سوري، م. 1/449 م. ليبي).

خامسا — وبالنسبة الى مسؤولية أصحاب الفنادق والنزل عن الأشياء التي يودعها المسافرون والنزلاء لديهم، والمنصوص عليها بالمواد (1/1953، 2 م. فرنسي، 599 م. جزائري، 1/727، 2 م. مصري، 1/728، 2 م. سوري، 1/730، 2 م. ليبي)، كل شرط يخفف من مسؤوليتهم المحددة بهذه النصوص يكون باطلا⁽¹⁾.

سادسا — إذا طلب الدائن فسخ العقد انهار العقد بأثر رجعي، وسقط الشرط الجزائي معه كما هي الحال في بطلان العقد، ولا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض المقدر بالشرط الجزائي، لأنه حين اختار الفسخ لعدم تنفيذ المدين التزامه، يكون قد أثر الفسخ على التعويض المقدر بالشرط الجزائي، وخرج من الدائرة العقدية، ومن نطاق المسؤولية العقدية التي حدد الشرط التعويض فيها، وصار كل تعويض يطلبه الدائن عما أصابه من ضرر ترتب على الفسخ لعدم تنفيذ المدين التزامه، خاضعا لأحكام المسؤولية التقصيرية، ويجوز للقاضي أن يحكم له بالتعويض طبقا لهذه المسؤولية.

وإذا كان للفسخ أثر رجعي في العقود الفورية، بحيث يترتب عليه إن يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فليس الأمر كذلك في انهاء العقد la résiliation الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فإذا أنهى فلا يكون لأنائه أثر رجعي، ولذلك فإن الشرط الجزائي الوارد بالعقد الزمني لا يسقط بإنائه. (أنظر المواد 1383 — 1384 م. فرنسي، 119 م. جزائري، 157 م. مصري، 158 م. سوري، 159 م. ليبي).

(1) أنظر مازو، المرجع السابق الذكر ص 157، فقرة 3633.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1982/10/2⁽¹⁾ بأنه إذا ورد الفسخ على عقد تبادلي بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، فيجب أن تعاد الحالة إلى ما كانت عليه كما لو كانت الالتزامات الناشئة من العقد لم توجد أبداً.

سابعاً — إذا أثبت المدين استحالة تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ففي هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون، وبأثر رجعي، ولا يكون للدائن أن يتمسك بالشرط الجزائي، (المواد 1302 م. فرنسي، 121 — 176 — 307 م. جزائري، 159 — 215 — 373 م. مصري، 160 — 216 — 374 م. سوري و 161 — 217 — 375 م. ليبي).

ثامناً — يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المقدر بالشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، ويتم التخفيض حينئذ بنسبة الجزء الذي قام المدين بتنفيذه (المواد 1231 م. فرنسي 2/184 م. جزائري، 2/224 م. مصري، 2/225 م. سوري، 2/226 م. ليبي).

9 — وأخيراً، يلاحظ أن الأحكام التي شرحناها بصدد الشرط الجزائي، تعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ولم تكن تعتبر كذلك في فرنسا طبقاً للنص الوارد في القانون المدني للمادة 1152، إلى أن صدر قانون 1975/7/9، الذي أجاز للقاضي زيادة التعويض المقدر بالشرط أو تخفيضه، ونص في نهاية هذه المادة على أن كل اتفاق يخالف أحكامها يعتبر باطلاً.

أما قوانيننا العربية فقد سبقت القانون الفرنسي الصادر في سنة 1975، ونصت على اعتبار أحكام الشرط الجزائي من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. (أنظر المواد: 3/184 م. جزائري 3/224 م. مصري، 3/225 م. سوري، 226 م. ليبي).

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1984 عدد 2 برقم 20166.

الضرر الأدبي le préjudice moral

وموقف التشريع الجزائري منه

1 — الضرر، عموماً le dommage أو le préjudice، بالفرنسية ركن ثان في المسؤولية المدنية، سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية، وإذا كان ركن الخطأ في هذه المسؤولية قد تعرض للنقد، بل وللنكران من قبل القائلين بنظرية تحمل التبعة la théorie du risque، فإن ركن الضرر متفق عليه بين الجميع، فلا مسؤولية مدنية بدون ضرر، كما أنه لا دعوى بلا مصلحة.

وإذا كان بعض الفقه يقول إن الضرر غير مشروط في المسؤولية العقدية، وأنه يكفي فيها أن يقع إخلال من المدين بالتزامه العقدي حتى تقوم مسؤوليته، ولو لم يصب الدائن بضرر، فإن في هذا القول تجاهلاً لأثر الإخلال بالالتزام العقدي على الدائن، فهذا الدائن لم يحمل المدين على الالتزام نحوه عبثاً، بل لابد أن يكون ذلك للحصول على حق له، فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه، فإن الدائن لابد أن يصاب بضرر، ولو على الأقل، معنوي لعدم حصوله على حقه بتاتا، أو لعدم حصوله عليه في الوقت الملائم.

وإذن فلا بد من الضرر في المسؤولية العقدية كما في المسؤولية التقصيرية، ولذلك، فبعد أن كان القضاء الفرنسي يقضي بأن الضرر ليس لازماً لاستحقاق التعويض الاتفاقي المقدر بالشرط الجزائي la clause pénale، لعدم ذكر الضرر في المادة (1552) من تقنين نابوليون⁽¹⁾، عاد فقرر أن للقاضي الحكم

(1) أنظر حكماً للدائرة المدنية الثالثة بمحكمة النقض صدر في 10/2/1972 ونشر في دالوز سنة 1975 عدد 1.

بالغاء الشرط الجزائي إذا ثبت له عدم حدوث ضرر للدائن⁽¹⁾. بل إن المشرع الفرنسي قضى في المادة 1231 مدني، بعد تعديلها بقانون صدر في 1975/7/9، ثم بقانون صدر في 1985/10/11، بأن للقاضي، من تلقاء نفسه D. officie، ان يخفض التعويض المقدر بالشرط الجزائي إذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه، ويتم التخفيض بمقدار ما عاد على الدائن من فائدة بسبب هذا التنفيذ الجزئي، مما يدل بمفهوم المخالفة على أن التعويض المقدر بالشرط الجزائي يدور مع الضرر وجودا وعدما.

ولقد كانت قوانيننا العربية صريحة في اشتراط الضرر لاستحقاق التعويض المقدر بالشرط الجزائي، ولذلك نصت المادة (1/184 م. جزائري) على أنه «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر» وتقابلها المواد (1/124 مدني مصري) (1/225 م. سوري) و (1/227 م. لبيي)، مما يفهم منه بمفهوم المخالفة، أن الأصل في استحقاق التعويض المقدر بالشرط الجزائي هو تحقق ضرر للدائن، فإذا أثبت المدين عدم حصول ضرر للدائن، فلا يستحق التعويض.

والخلاصة هي أن الضرر ركن أساسي في المسؤولية العقدية كما هو في المسؤولية التقصيرية.

2 — والضرر أما أن يكون ماديا أو معنويا، فالضرر المادي هو الذي يصيب الدائن سواء في جسمه، ويسمى Dommage Corporel، أو في ماله، ويسمى Dommage matériel.

أما الضرر الأدبي أو المعنوي، فينقسم الى أربعة أقسام⁽²⁾:

(1) أنظر حكما للدائرة التجارية لمحكمة النقض صدر في 1979/3/13 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1979 عدد 2.

(2) أنظر في هذا التقسيم الوسيط للأستاذ السهوري، ج 1 بند 577 ص 981 — 982.

1 — ضرر أدبي يصيب الجسم، وينتج عن الجروح والتلف، فيسبب الآما Soffrances.

2 — ضرر أدبي يصيب الشرف، والاعتبار، والعرض، مثل القذف والسب، وهتك العرض، وايداء السمعة، والاعتداء على الكرامة (وقد قضت محكمة القاهرة الكلية الوطنية بأن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها، حتى لو كانت صحيحة، فإذا عتها في محافل عامة، وعلى جمهرة المستمعين، يسىء الى المرضى إذا ذكرت أسماءهم، وبالأخص بالنسبة الى الفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن، ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يوجب التعويض⁽²⁾).

3 — ضرر أدبي يصيب العاطفة، والشعور، والحنان، ويلحق به كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية، وشعوره الأدبي.

4 — ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك، جاز لهذا الأخير أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء.

3 — ولم ينكر أحد الحق في تعويض المضرور بضرر مادي، جسمياً كان أو مالياً، بل أن هناك اجماعاً على أن كل اتفاق على الاعفاء من التعويض عن أي ضرر يصيب الجسم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن لجسم الإنسان حرمة. ولقد رأى الفقيه الفرنسي ستارك Strack⁽³⁾ في نظريته عن الضمان la garantie، أن التعويض عن الضرر المادي أو الجسمي واجب ولو لم يثبت خطأ من المسؤول ولقد كانت نصوص القوانين المدنية سواء في الغرب أو عندنا، صريحة في النص على التعويض عن الضرر المادي.

(1) أنظر في هذا التقسيم الوسيط للأستاذ السهوري ج 1، بند 577 ص 981 — 982.
(2) صدر هذا الحكم في 14/3/1949 ونشر في مجلة المحاماة عدد 29 برقم 117 ص 202.
(3) أنظر راسالته للدكتوراه التي قدمها الجامعة باريس سنة 1947 ومؤلفه الالتزامات 1972، وفيهما بس نظرية الضمان.

4 — أما التعويض عن الضرر الأدبي، فقد كان مثار الجدل، والشك، بل والانكار، منذ بدء الانسانية حتى الآن. ففي طفولة الانسانية، لم يكن المصاب بضرر أدبي، يفكر في التعويض عنه، بل كان لا يشفي غليله الا الانتقام من المعتدي *la Vindicta privata*، ولم يكن العربي في الجاهلية يتصور أن يدافع عن الاعتداء على شرفه الا بالسيف، فيقول الشاعر العربي القديم «لا يسلم الشرف الرفيع من الأذى : حتى يراق على جوانبه الدم» ولم يكن تشريع حمو رابي، الذي حكم بابل طوال منتصف القرن الثامن عشر قبل الميلاد، يعرف التعويض عن الضرر الأدبي، بل كان العقاب فيه على الاعتداء على الغير قاسيا أشد القسوة. الى أن جاء القانون الروماني فنظم التعويض عن الضرر المادي والأدبي، وجعله دية اختيارية يتفق على مقدارها الطرفان، وتختلف باختلاف مراكزهم، ثم جاء قانون الألواح الأثني عشر، الذي لا يعرف تاريخه بالضبط، ويقال انه صدر في حوالي القرن العاشر قبل الميلاد، فجعل الدية الزامية، وتدخلت الدولة في تحديدها، ثم جاء قانون اكيليا *Aquilia* الذي صدر في حوالي منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، فنص على الجرائم التي تترتب عليها عقوبة جنائية، وتعويض مدني، ولا تعويض مدني بدون نص، وشمل التعويض الضررين، المادي والأدبي. في المسئوليتين التقصيرية والعقدية، وامتنع اتفاق الأفراد على مقدار التعويض. ثم جاء القانون الفرنسي القديم، وأشهر فقهاء دوما *Domat* وبوتيه *Pothier*، في القرن السابع عشر، فتناولا التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية التقصيرية فقط دون المسئولية العقدية، ظنا منهما أن القانون الروماني لم يقبل التعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية.

5 — ثم يجيء تقنين نابوليون في سنة 1804 فنص في المادة (1382) على التعويض عن الضرر، دون أن يخصص الضرر المادي بالذكر، فيترب على ذلك انقسام حاد في الفقه الفرنسي، بين رافض للتعويض عن الضرر الأدبي، ومؤيد له، ويمتنع القضاء الفرنسي عن الحكم به حيناً من الدهر.

ولم تبين الأعمال التحضيرية لتقنين نابوليون اتجاه واضعية الى التعويض عن الضرر الأدبي، بل سكتوا عنه، مما قوى موقف الرافضين.

ثم تصدر القوانين الغربية بعد ذلك دون أن تبين ما إذا كانت تقر التعويض عن الضرر المعنوي، وتحذوا في ذلك حذو القانون المدني الفرنسي، فتنص على بعض الحالات التي يتسنى للمضروور فيها المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبي، مما يدل على أنه لا تعويض عن هذا الضرر الا بنصر، وأن ليس هناك مبدأ عام يقضي بالتعويض عن هذا الضرر الأدبي، على عكس الضرر المادي، ويتبين ذلك في القانون المدني الالماني الذي وضع موضع التنفيذ في سنة 1900.

6 — أما في الشريعة الاسلامية، فقد اختلف الرأي، فمن قائل بأن فقهاء هذه الشريعة لم يأخذوا بالتعويض عن الضرر الأدبي باعتبار أنه لا يليق بالانسان أن يضع شرفه وكرامته موضع تقويم مالي، وأن التعويض يقتصر على الأضرار الواقعية، الماثلة للعيان، ولا يمتد الى الأضرار المعنوية غير الملموسة، والتي لا يمكن تقويمها بالمال. وأن الضمان يفترض ان يكون الضرر الذي حدث مالا مقوما، أتلّف فوجب ان يعوض بمال مقوم مماثل له. فلا تعويض عن خسارة أصابت الدائن أو عن ربح فاته⁽¹⁾، وعلى المضروور أدبيا أن يتصالح مع المسئول أو أن يسامحه. ومن قائل ان الشريعة الاسلامية عرفت التعويض عن الضرر الأدبي.

وروى أن الصاحبين، أبا يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، صاحبي أبي حنيفة، قالوا بالتعويض عن الضرر الأدبي، واستمدا رأيهما من الحديث

(1) أرجع في ذلك الى: مصادر الحق في الفقه الاسلامي للأستاذ السنهاوري، بيروت سنة 1954.

(2) أرجع في ذلك الى: الاسلام عقيدة وشريعة — القاهرة 1980 المؤلف الأستاذ محمود شلتوت.

الشريف: (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾. والواقع هو أن من يطلع على كتب الفقه الاسلامي، يعثر على الكثير من أمثلة التعويض عن الضرر الأدبي.

7 — والذين يرفضون التعويض عن الضرر الأدبي يستندون الى الحجج الآتية:

أولا — استحالة تقويمه بمال، فبينما يقدر الضرر المادي بمقياس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب *Damnum emergens, lucrum cessans*، فلا محل لهذا المقياس في الضرر الأدبي.

ثانيا — إذا كان المال يستطيع أن يزيل الضرر المادي، وأن يعيد المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، فليس المال بقادر على أن يزيل الآلام أو الأحزان أو إساءة السمعة أو النيل من كرامة الانسان، أو إيذاء شرفه أو عواطفه.

ثالثا — لا يليق بكرامة الانسان أن يقوم بالمال ما يمس شرفه، أو أن يتجر بعواطفه⁽²⁾، أو أن يتقاضى ثمنا عن آلمه *Pretium doloris*.

8 — والواقع هو أن هذه الحجج ليست مقنعة، ومن السهل دحضها: فأما الحجة الأولى الخاصة بالمقياس، وهو ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب وبأنه لا يصدق على الضرر الأدبي، لأنه ورد بصدد المسؤولية العقدية (المادة 1149 م. فرنسي المقابلة للمادة 182 م. جزائري)، فليس صحيحا أن هذا المقياس لا يصدق على الضرر الأدبي، فقد تذايع إشاعة كاذبة عن طبيب فينصرف عنه المرضى، فتلحقه خسارة كبرى

(1) أرجع في ذلك الى: الاسلام عقيدة وشريعة — القاهرة 1980 المؤلف الأستاذ محمد سلوت.

(2) أرجع في ذلك الى: التعويض عن الضرر المعنوي للأستاذ مقدم السعيد الجزائر 1982.

(3) أنظر مقالا للفقيه اسمان Ismélun في دالوز سنة 1954.

في الصرف على عيادته وعلى موظفيه، ويفوته بذلك كسب كبير، والأمر كذلك بالنسبة الى محام يشاع عنه أنه عاجز عن الدفاع أو أنه لا يحمل مؤهلا قانونيا، فيخسر عملاءه، ويفوته ما كان يكسبه منهم. وقد يشاع عن تاجر كذبا أنه غير نزيه في تجارته، أو أن السلعة التي يتجر بها فاسدة، أو سامة، فينصرف عنه زبائنه وتلحقه خسارة فادحة، ويفوته كسب كبير.

وإذن فمعيار مالخق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، يمكن أن ينطبق على الضرر الأدبي، كما ينطبق على الضرر المادي، بل قد يكون تطبيقه بصدد الضرر الأدبي أفدح وأقسى. وليس معنى ورود هذا المعيار بصدد المسؤولية العقدية أنه قاصر عليها، وأنه لا يطبق بصدد الضرر الأدبي، فالنص لم يقض بذلك، لا سيما وأن نص المادة (182 م. جزائري) يتضح منه أنه يضع معيار مالخق الدائن من خسارة وما فاته من كسب للتعويض الذي يقدره القاضي.

وقد أحالت المادة 131 على المادة 182، والمادة 131 واردة في باب المسؤولية التقصيرية، ويترتب على ذلك ان المعيار يصدق على المسئوليتين، وليس قاصرا كما قيل، على المسؤولية العقدية، والنص العام لا يجوز تخصيصه الا بنص يخصصه.

ثم إذا سلمنا جدلا بأن هذا المعيار قاصر على التعويض عن الضرر المادي، فليس من المحتوم أن يقدر التعويض عن الضرر الأدبي بهذا المعيار، فقد يقدر القاضي التعويض عن الضرر الأدبي بمعيار آخر، مثل مدى الأحزان والآلام، أو مدى إيذاء السمعة، أو مدى تأثير الاشاعة الكاذبة، وما تترتب عليها من ضرر.

وأما الحجة الثانية التي تقول إن التعويض عن الضرر الأدبي لا يزيله، ولا يعيد المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل حدوثه، فهي حجة واهية، فالتعويض عن الضرر الأدبي قد يزيله، مثل القضاء بتكذيب اشاعة، أو بتمزيق اعلانات كاذبة.

وإذا لم يصل التعويض الى حد ازالة الضرر الأدبي، فهو يؤدي على الأقل الى التخفيف من آثاره، وقد ينفق المضرور هذا التعويض في سبيل التسلية والترفيه والنسيان وذلك خير من ان يترك المضرور بضرر أدبي يعاني آثار الضرر دون تخفيف ولا جبر خاطر.

وأما الرد على الحجة الثالثة، وهي ان المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي غير لائقة، وفيها مساس بكرامة الانسان، فيمكن أن تدحض بأن كرامة الانسان لا تمس إذا طالب بتوقيع جزاء من سبب له ضرراً أدبياً، بل بالعكس قد يعتبر اليوم جباناً إن لم يدافع عن سمعته وشرفه، وقد مضى العصر الذي كان الانسان يدافع فيه عن شرفه وكرامته بالمبارزة أو بالسيف، وأصبحنا في عصر يقتضي اللجوء الى القضاء ليحميه من المساس بحقوقه.

ثم إن ترك المسؤولين عن الاعتداء على الحقوق الأدبية دون جزاء يشجع الناس على هذا الاعتداء ويجعلهم في مأمن من كل مسئولية، وهو مالا يرضى الضمير الجماعي، وتشمئز منه الأخلاق، فلا بد من صد هؤلاء المعتدين بجزاء رادع، وكبح جماحهم بحكم من القضاء.

— وهناك رأي يرى التضيق من الأضرار الأدبية التي تجوز المسئولية عنها، ويحصرها في تلك التي تنشأ عن ضرر مادي، مثل الآلام التي تترتب على جروح، فيكون هناك إذن محل للمطالبة بالتعويض عن ضرر مادي، هو الجروح، وعن ضرر معنوي، وهو الآلام التي تترتب عليها⁽¹⁾. ورأى

(1) أنظر في ذلك مقالا للفقير اسمان نشر بالجملة النقدية سنة 1884.

يقرب منه ويقول إنه لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا كان ناشئا عن جريمة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات(1).

والواقع هو أنه لا معنى لحصر الأضرار الأدبية في نطاق ضيق، فالضرر الأدبي، كالضرر المادي، واجب التعويض عنه مهما كان سببه، ولا مسوغ للفرقة بينه وبين الضرر المادي.

10 — ما هو موقف التشريع الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي؟ يزعم بعض الكتاب أن المشرع الجزائري قد رفض التعويض عن الضرر الأدبي، لاعتبارات عديدة(2).

منها أن المشرع الجزائري قد انتهج في ذلك نهج المذهب الاشتراكي الذي اعتنقه بمقتضى دستور سنة 1976، وهذا المذهب يرفض التعويض عن الضرر الأدبي، كما يظهر من تشريع الاتحاد السوفييتي، والصين الشعبية.

ومنها أن المشرع الجزائري قد حذا في هذا الفرض حذو الشريعة الاسلامية. ومنها أن المعيار الذي ورد للتعويض بالمادة 182، وهو ما لحق البدائن من خسارة وما فاته من كسب لا يصدق إلا على التعويض عن الضرر المادي.

ولقد أراد المشرع الجزائري إلا يجاري القوانين العربية الأخرى، فلم ينقل نص المادة (222) من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة (223) مدني سوري، وللمادة (225) مدني ليبي، وهي النصوص التي تناولت التعويض عن الضررين، المادي والأدبي.

(1) أرجع في ذلك الى أوبرى ورو في مؤلفهما: القانون المدني، الطبعة الخامسة.
(2) أنظر على سبيل المثال Droit civil algérien للأستاذ Antoine Vialarsd. ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1980 ص 119 وما يليها، وأرجع الى مؤلف الأستاذ مقدم السعيد السابق الذكر.

مما يدل على أن ارادة المشرع الجزائري قد انصرفت الى رفض التعويض عن الضرر الأدبي. ومنها أن التعويض عن الضرر الأدبي ينطوي على اثراء بلا سبب، وهو ما لا يقبله المجتمع الاشتراكي هذه هي أسانيد القائلين بأن المشرع الجزائري قد أراد رفض التعويض عن الضرر الأدبي وسوف أتولى فيما يلي تفنيد هذه الأسانيد لأنتهى إلى أن المشرع الجزائري قد قبل التعويض عن هذا الضرر.

11 — أولا — إن القول بأن المشرع الجزائري قد أراد مسايرة المذهب الاشتراكي في الرفض، أسوة بالاتحاد السوفيتي والصين الشعبية مردود بأن المذهب الاشتراكي لا يأبى التعويض عن هذا الضرر، والدليل على ذلك هو أن التشريع البولوني، وبولونيا كانت أشد الدول الاشتراكية تمسكا بالاشتراكية، قد أخذت بالتعويض عن هذا الضرر في المادتين 157 و 165 من القانون المدني الصادر سنة 1965.

ثم إن القول بأن الجزائر قد انتهجت المنهج الاشتراكي بمقتضى دستور سنة 1976، ينبغي أن يعاد النظر فيه بعد أن صدر دستور سنة 1989. لم ينقل النص على الاشتراكية الذي كان واردا في دستور سنة 1976 بالمادة الأولى، ولا نصوص المواد 10 وما يليها، الواردة تحت عنوان الاشتراكية. وفضلا عن ذلك، فقد بدأت الاشتراكية تتقلص بعد أن ثارت عليها دول أوروبا الشرقية، وبعد أن انهار الاتحاد السوفيتي، منيع الاشتراكية وأخذ يتجه نحو النظام الرأسمالي، وإذن فالتشدد بالمنهج الاشتراكي لرفض التعويض عن الضرر الأدبي لا محل له اليوم.

أما أن المشرع الجزائري قد أراد أن يطبق الشريعة الإسلامية التي ترفض التعويض عن هذا الضرر، لا سيما وأنه نص في المادة الأولى منه على اعتبار هذه الشريعة المصدر الثاني للقانون فالرد عليه هو أنه من غير المقطوع أن الشريعة الإسلامية ترفض التعويض عن هذا الضرر كما سبق أن ذكرنا، ثم أن العمل بهذه الشريعة كمصدر ثان للقانون لا

أن فندناه.

وأما القول بأن المشرع الجزائري قد أراد ألا يجاري التشريعات العربية الأخرى التي نصت صراحة على التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني، فالرد عليه هو أن المشرع الجزائري قد قلّد تقنين نابليون في عدم النص في القانون المدني على هذا التعويض، ولسوف نرى فيما بعد أن القضاء الفرنسي قد استمد التعويض عن هذا الضرر من عموم نص المادة 1382، ولعل المشرع الجزائري قد أراد أن يترك للفقهاء والقضاة الجزائريين، استخلاص مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي من عموم نص المادة 124 م. جزائري، لا سيما وأن نص هذه المادة الفرنسي قد نقل نص المادة 1382 م. فرنسي حرفياً.

وأما القول بأن المشرع الجزائري رفض التعويض عن الضرر الأدبي لأنه يتضمن اثناء بلا سبب لا يقره المجتمع الاشتراكي، فالرد عليه، هو أن الاثراء بلا سبب يقتضى عدم وجود أي سبب قانوني للاثراء، والسبب القانوني في التعويض عن الضرر الأدبي هو الفعل الضار، فالمضرور يضرر أدبي لا يثرى إذن على حساب المسئول بدون سبب قانوني.

12 — بعد أن فندنا أدلة الذين زعموا أن المشرع الجزائري يرفض التعويض عن الضرر الأدبي، ننتقل الآن الى ايراد النصوص القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في غير القانون المدني، وهي تدل صراحة على

اتجاه إرادة المشرع الجزائري الى الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، وعلى أن القول بغير ذلك يقتضي ان يكون المشرع الجزائري متناقضا مع نفسه حين يرفض التعويض عن هذا الضرر في القانون المدني، ويقبله في تشريعات أخرى.

أولا — تنص المادة 4/3 من قانون الاجراءات الجزائية، الصادر في سنة 1966 على مايلي: «تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر، سواء كانت مادية أو جسمانية، أو أدبية...» ومن المقرر أن القضاء الجزائي لا يختص بالدعوى المدنية المترتبة على جريمة جنائية الا استثناء، إذا رأى المدعي المدني اللجوء اليه تحقيقا لمصلحته، وأن القضاء المدني هو المختص أصلا بهذه الدعوى، فهل عدم وجود نص مماثل في قانون الاجراءات المدنية معناه أن تحرم المحكمة المدنية، وهي الأصل، من الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي؟ هل يكون للاستثناء أكثر مما للأصل؟

ثانيا — كانت المادة الثامنة من قانون العمل الصادر في سنة 1978 تنص على حماية العامل من كل أشكال الاهانة، والتهديد والضغط، أو محاولة حمله على التشيع والتبعية، وتضيف (يضمن القانون أيضا تعويض العامل عما أصابه من أضرار مادية ومعنوية).

ولقد صدر قانون علاقات العمل الجديد برقم 90 — 11 في 1990/4/21 فذكر نفس الحكم بالمادة 2/6 منه، التي تنص على احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامة العامل.

ثالثا — صدر قانون الأسرة رقم 84 — 11 في 1984/6/9 فنص في المادة الخامسة منه على جواز العدول عن الخطبة، ثم اضافت الفقرة الثانية من هذه المادة ما يلي: «إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض» فهذه نصوص قاطعة في أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي.

13 — ثم إذا رجعنا الى القانون المدني نفسه وجدناه ينص في المادة (47) منه على أن «لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».

ومما لا ريب فيه هو أن الحقوق الملازمة لشخصية الانسان حقوق معنوية، ثم تنص المادة (48) منه على ما يلي: «لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه، أن يطلب وقف هذا الاعتداء، والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر» ولا شك في أن الضرر الذي يلحق الانسان إذا اعتدى على اسمه أو انتحل، ضرر معنوي.

ونخلص من ذلك الى أن عدم ايراد المشرع الجزائري لنص يقابل المادة (222) مدني مصري وما يقابلها من القوانين العربية الأخرى، ليس الا تقليدا للقانون المدني الفرنسي، ونقصا يجب تلافيه، الى جانب النقص الذي أشرت اليه في كتابي (ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري⁽¹⁾).

وبالنظر إلى أن المشرع الجزائري قد أراد باصدار القانون المدني الحالي بسرعة أن يلغي القانون المدني الفرنسي الذي كان ساري المفعول إبان الاستعمار، والذي وضع للفرنسيين لا للجزائريين، فقد فاته النص على كثير من الأحكام الضرورية، مثل الأعسار، ورهن المال المستقبل، ورهن مال الغير، الخ، كما فاته النص على التعويض عن الضرر الأدبي.

وننتقل الآن الى موقف القضاء من التعويض عن الضرر الأدبي، وقبل ان نعرض لموقف القضاء الجزائري من هذا التعويض، ينبغي أن نعرض

(1) تم بعد ذلك طبعه ونشره.

أولا لموقف القضاء الفرنسي من هذا التعويض، لأن هذا القضاء كان هو المصدر الذي استمدت منه القوانين العربية التعويض عن الضرر الأدبي.

14 — موقف القضاء الفرنسي: على الرغم من عدم وجود نص في تقنين نابوليون عن التعويض عن الضرر الأدبي، فإن القضاء الفرنسي، بعد أن تردد لفترة قصيرة بعد اصدار القانون المدني، أخذ بهذا التعويض منذ سنة 1833 بالنسبة الى المسؤولية التقصيرية. فأصدرت الدوائر المتجمعة لمحكمة النقض حكما بالتعويض عن الضرر الأدبي في 1833/6/25⁽¹⁾.

وعمم القضاء الفرنسي هذا التعويض عن كل الأضرار المعنوية، الحق في عدم المساس بالشرف، أو بالاسم، أو في عدم التعرض للحياة الخاصة، والتعويض عن الآلام الجسمية، والتعويض عن تشويه جمال الوجه الخ.. غير أن هذا القضاء ظل طويلا يتردد في الحكم بالتعويض عن الآلام التي تحدث للخلف بسبب موت سلف عزيز عليهم *préjudice d'affection*، إلى أن قضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض بالتعويض عنه في حكم لها صدر بتاريخ 1877/3/22⁽²⁾. غير أن القضاء الفرنسي تردد في تحديد الخلف الذي يحق له طلب التعويض عما أصابه من ضرر معنوي بسبب موت السلف، ففي بادئ الأمر كان لا يحكم بالتعويض إلا لمن كان السلف ملتزما نحوهم بالنفقة *Obligation alimentaire*، وكان يترتب على هذا التضييق أن يحرم كثير من الخلف الذين لا يلتزم السلف نحوهم بالنفقة كالأخوة والأخوات، بل والأبناء الكبار، كما كانت تحرم الخطيبة، من التعويض عن الضرر الأدبي.

ولكن محكمة النقض توسعت بعد ذلك في مفهوم الخلف الذي له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي فأصدرت دائرة العرائض حكما

(1) نشر في مجموعة سيريه سنة 1833 عدد 1 برقم 458.

(2) نشر في مجموعة الأحكام الجنائية برقم 86 ص 178.

بتاريخ 1931/2/2⁽¹⁾ قضت فيه بهذا الحق «لكل من كانت تربطه بالسلف رابطة قرابة أو مصاهرة» ثم تقدم قضاء محكمة النقض خطوة الى الأمام، ولم يعد يتمسك برابطة القرابة، فقضت الدائرة المدنية بالتعويض عن الضرر الأدبي لخطيئة فقدت خطيبتها في حادث بحكم صدر منها بتاريخ 1943/10/19⁽²⁾.

بل ان القضاء الفرنسي توسع في الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الى درجة أنه قضى به لمن فقد حيوانا⁽³⁾.

ولم يكن القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يقبل طلب التعويض عن الآلام التي يشعر بها أباء المضرور الذي ما يزال حيا، والذي أصيب بعاهة لم تقض عليه، وكان القضاء الفرنسي يقصر طلب التعويض في هذه الحالة على المضرور نفسه دون ذويه، ولكن هذا القضاء انتهى الى الحكم بالتعويض عن الآلام التي يشعر بها أهل الشخص الذي أصيب بعاهة وظل حيا⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالخليلة la Concubine فقد كان القضاء الفرنسي يرفض الحكم لها بالتعويض عن أي ضرر، ويرى أنه يجب على طالب الحكم بالتعويض ان تكون له مصلحة مشروعة يحميها القانون⁽⁵⁾ Un intérêt légitime juridiquement protégé ثم انتهى الى الحكم للخليلة بالتعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي، اللذين ترتبا على فقد خليلها، فأصدرت الدائرة المختلطة لمحكمة النقض حكما بتاريخ 1970/2/27⁽⁶⁾، قالت فيه

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1931 عدد 1 برقم 38.

(2) نشر هذا الحكم في دالوز النقدي سنة 1944 برقم 14.

(3) أنظر على سبيل المثال حكما للدائرة المدنية صدر في 1962/1/7 نشر في دالوز سنة 1962 برقم 199.

(4) أنظر حكمتين للدائرة المدنية الثانية صدرا في 1977/5/23، نشر في دالوز سنة 1977 ص 441.

(5) أنظر حكم الدائرة المدنية في 1937/7/27 المنشور في دالوز الدوري سنة 1938 عدد 1 برقم 5.

(6) أنظر حكم الدائرة المختلطة في دالوز سنة 1970 برقم 201.

ان المادة (1382) قضت بالتعويض لكل من أصابه ضرر دون أن تشترط لذلك وجود مصلحة مشروعة يحميها القانون، بل ورد نصها عاما يشمل كل مضرور.

ولكن هذا الحكم اشترط لتعويض الخلية الا تكون علاقتها بخليلها قائمة على الزنى، أي ألا تكون هي أو خليلها متزوجين، ثم تطور القضاء بعد ذلك وقبل طلب التعويض عن الضررين المادي والأدبي من الخلية ولو كان أحدهما أو كلاهما متزوجا وصدر بذلك حكم من محكمة باريس في 16/5/1971⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ ان قانونا صدر في فرنسا بتاريخ 11/7/1975، ألغى اعتبار الزنى جريمة جنائية، وهكذا أصبح الزنى غير معاقب عليه جنائيا، ويعتبر فقط فعلا ضارا يرتب المسؤولية المدنية.

كما يلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية الا بعد نحو قرن وتلت قرن من صدور القانون المدني، مع أن القانون الروماني كان قد أخذ بهذا التعويض، ولكن فقهاء القانون الفرنسي القديم رفضوا الأخذ به ظنا منهم أن القانون الروماني لم يأخذ به. ولذلك ظل القضاء الفرنسي يرفض هذا التعويض الى أن صدر حكم من محكمة السين في 20/2/1932⁽²⁾ قضت فيه بالتعويض الأدبي لممثله طالبت به مدير مسرح تعاقدت معه واشترطت ان يذكر اسمها في اعلانات المسرح بحروف بارزة، فنشرت الاعلانات وذكرت اسمها بحروف صغيرة عادية.

كما يلاحظ ان القضاء الاداري في فرنسا ظل يرفض التعويض عن الضرر الأدبي حتى سنة 1961، إذ أصدر مجلس الدولة حكما بتاريخ

(1) نشر هذا الحكم في جيزيس كلاسير الدوري سنة 1971 عدد 2 برقم 16936.

(2) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1932 عدد 1 برقم 295.

1961/11/24⁽¹⁾ قبل فيه التعويض عن الضرر الأدبي لأول مرة، واستمر بعد ذلك على قبوله حتى الآن.

15 — موقف القضاء الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي. لم يتردد القضاء الجزائري في الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي حتى قبل صدور القانون المدني الجزائري في 1975/9/26، فقد أصدر المجلس القضائي بالعاصمة حكما بتاريخ 1975/5/25 (في القضية رقم 469 — 1399) قضى فيه بالتعويض عن الضررين المادي والأدبي بمبلغ 20 ألف دينار.

وعقب صدور القانون المدني مباشرة، قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1976/11/6 (في القضية رقم 10511) بمبلغ خمسة آلاف دينار كتعويض عن الأضرار التي شعرت بها أم لفقد ابنتها البالغة من العمر ست سنين في حادث، وقال المجلس الأعلى في حكمه هذا: «ان الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر بمال، وإنما يعوض من قبل القضاة بما بدا لهم جبرا للخواطر» مما يؤيدان القضاء الجزائري لا يتقيد بمعيار جامد لتقدير هذا التعويض، وإنما يترك تقديره لقضاة الموضوع كما سوف نرى.

وقد اطرده القضاء الجزائري على الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي، محتذيا حذو القضاء الفرنسي، ومستندا الى عموم نص المادة 124 مدني. وأصدرت محكمة جنايات العاصمة حكما بتاريخ 1979/9/26⁽²⁾ قضت فيه لفنائة اعتدى على شرفها بمبلغ 6 الاف دينار لتعويض الضرر المادي و 15 الف للضرر المعنوي. مما يدل على أن القضاء الجزائري يعتبر الضرر الأدبي أفدح من الضرر المادي.

(1) نشر في داللو سنة 1962 برقم 34.

(2) نشر هذا الحكم بصحيفة الشعب الصادرة في 1979/11/27 وأورده الأستاذ مقدم السعيد في بحثه المتقدم الذكر ص 133.

ولقد قضت محكمة وهران، قسم الجنح، في حكم لها بتاريخ 1984/10/4 (في القضية رقم 84/9023) بتعويض لوالدي الفقيد وأخيه عن الضررين المادي والأدبي ولقد كان قضاء المجلس الأعلى (المحكمة العليا الآن)، قاطعا في ترك تقدير التعويض عن الضرر الأدبي لقضاة الموضوع دون أن يلزموا بتسبب أحكامهم أي دون أن يخضع تقديرهم لرقابة المحكمة العليا، فأصدر المجلس الأعلى حكما (ولا أقول (قرارا)، لأن القضاء يصدر أحكاما، أما القرارات فتصدر من السلطة التنفيذية) بتاريخ 1981/12/10 (في القضية رقم 24500⁽¹⁾)، قال فيه: «إن قاضي الموضوع ليس ملزما بتعليل حكمه عن الضرر المعنوي، وإذا كان ملزما بذكر مختلف العناصر التي استند إليها فعلا للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، فهو غير ملزم بذلك في حكمه عن الضرر المعنوي، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج الى تعليل».

أما التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية فيؤخذ به طبقا للقانون الخاص بعلاقات العمل، فالعمال متعاقدون، ولم تخص النصوص المسؤولية التقصيرية.

16 — انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الخلف، رأينا فيما سبق كيف توسع القضاء الفرنسي في مفهوم الخلف الذي يكون له الحق في المطالبة بالتعويض، ولقد قيد القانون المدني المصري الحق في انتقال التعويض الى الخلف، في المادة (222) بقيد:

الأول — هو أن يكون السلف قد اتفق عليه مع المسئول، أو رفع به دعوى أمام القضاء.

(1) نشر في ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1986.

الثاني — أنه مقصور على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية. وقد حذت القوانين العربية الأخرى حذو القانون المصري. ومعنى القيد الأول هو أن سكوت السلف عن المطالبة به أو الاتفاق عليه، يترتب عليه سقوطه، وهذا قيد لا مبرر له، لأن المضرور قد لا يتاح له الاتفاق على هذا التعويض أو المطالبة به امام القضاء لأن الحادث قد أودى بحياته فوراً. ثم لماذا نفرق بين التعويض عن الضرر الأدبي، والتعويض عن الضرر المادي الذي ينتقل الحق فيه الى الخلف في كل الأحوال؟ الظاهر هو ان هذه القوانين اعتبرت الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ضعيفا بالنسبة الى الحق في التعويض عن الضرر المادي، مع أن الأول قد تترتب عليه نتائج أفدح من الثاني.

أما القيد الثاني، الخاص بالضرر للمعنوي المرتد le dommage par ricochet فلست أرى مبرراً لحصره وقصره على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، أي على الآباء والأجداد، والجدات، والأبناء والأحفاد، والأخوة والأخوات. فهل صحيح أن هؤلاء الأشخاص يحزنون لموت السلف؟ وهل من المؤكد أن أحداً غيرهم لا يحزن لموت شخص عزيز؟ وأجيب على التساؤل الأول بأنه ليس من المؤكد ان كل واحد من هؤلاء الأشخاص يحزن ويتألم لموت السلف، فكم من زوج أو من زوجة، يود لو يتخلص من زوجه لأن الحياة الزوجية صارت جحيماً لا يطاق، وكم من ابن أو قريب من الدرجة الثانية يتمنى موت أبيه أو قريبه لكي يرثه، وليس أصدق من قوله تعالى «يأيها الذين آمنوا إن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم فاحذروهم...» (1).

وأجيب على التساؤل الثاني بأن غير هؤلاء الأشخاص قد يحزن لموت عزيز، مثل الخطيب أو الخطيبة، لا سيما حينما يفقد أحدهما الآخر عتساً.

(1) سورة التباين الآية رقم 14.

عقد الزواج. وقد يكون للفقيد صديق حميم يحزن لفقده أكثر مما يحزن أخوه أو أحد أقربائه من الدرجة الثانية، والمثل يقول «رب أخ لك لم تلده أمك».

وإذن فالحصص الذي أتى به القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى غير سائغ، ولا ينبغي أن يعمل به في الجزائر قضاء، ما دام لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري عنه. وأعتقد أن من الخير أن يترك تحديد من يستحق التعويض الأدبي المرتد Par ricochet الى قضاة الموضوع، فهم أقدر من النص على الحكم بالتعويض عن الأضرار لمن يحزن حقاً.

17 — بقي أن أقول إن للخلف الحق في دعوى تقصيرية للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر شخصي Dommage par ricochet، وليس لهم طبقاً لقوانيننا العربية، إلا الدعوى التقصيرية وحدها، أما في فرنسا، فقد منح لهم القضاء الفرنسي الحق في رفع دعوى عقدية الى جانب الدعوى التقصيرية التي هي من حقهم أصلاً باعتبارهم من الغير في عقد النقل البري، وقد برر ذلك بأنه يفترض أن المنقول قد اشترط لمصلحتهم اشتراطاً ضمناً Stipulation pour autrui.

ولعله استمد ذلك من نص المادة (1122م. فرنسي) التي تقضي بأنه يفترض أن الشخص قد اشترط لنفسه ولورثته وذويه. وقد ورد هذا النص بعد نص المادة (1121م. فرنسي) الذي أورد الاشتراط الصريح لمصلحة الغير.

ولقد تأثر بعض الفقهاء العرب برأي القضاء الفرنسي، فقال الأستاذ السهوري⁽¹⁾ بوجود اشتراط ضمني لمصلحة الورثة يستطيعون بمقتضاه رفع دعوى عقدية الى جانب دعواهم التقصيرية، وجاراه في ذلك الأستاذ أنور سلطان⁽²⁾.

(1) الوسيط ج 1 بند 375 هامش رقم 2.

(2) مصادر الالتزام بند 290 ص 348.

ولكنني لا أوافق هذين الفقيهين في رأيهما:
أولا — لأن قوانيننا العربية لم تورد نصا مماثلا لنص المادة (1122 م. فرنسي)، بل اقتصرت على الاشتراط الصريح لمصلحة الغير، (المادة 116 م. جزائري) المقابلة للمادة (154 م. مصري)، وللمادة (155 م. سوري) و (157 م. ليبي).

ثانيا — لأن من المتفق عليه أن الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من مبدأ نسبية العقود، والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.

وإذن فليس للخلف عندنا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر مرتد *par ricochet* إلا بطريق الدعوى التقصيرية وحدها.

18 — وقد كان ينبغي ألاّ يحتج عليهم بخطأ السلف الذي ترتب عليه تخفيض التعويض المستحق له تجاه المسئول، إذ أنهم يطالبون بتعويض ما أصابهم شخصا من ضرر أدبي، ولا ذنب لهم إذا كان سلفهم قد ارتكب خطأ، ما داموا هم أنفسهم لم يرتكبوا أي خطأ.

غير أن القضاء الفرنسي قد انتهى، بعد خلاف طويل، إلى القول بأن للمسئول أن يحتج على الخلف بكل الدفع التي كان يستطيع أن يتمسك بها ضد السلف⁽¹⁾.

ولقد استند القضاء الفرنسي في ذلك إلى القاعدة اللاتينية التي تقول: «لا ينقل السلف إلى الخلف أكثر مما له *nemo plus juris ad alium* *transfere potest quam ips habet*، ولكن الواقع هو أن الخلف لم يتلق حقه من السلف، حتى يحتج عليه بهذه القاعدة، بل هو يطالب بتعويض

(1) أنظر في ذلك حكم الجمعية العامة لحكمة النقص الصادر في 19/6/1981 المنشور في دالوز سنة 1981 برقم 641.

ما أصابه شخصا من ضرر أدبي، ولذا فاني لا أرى الأخذ بهذا القضاء في الجزائر، ما دام الخلف لم يرتكب خطأ، فيجب ان ينال حقه في التعويض كاملا، لا سيما وأن فكرة تأثير الخطأ على التعويض متقدمة، وينبغي أن يقدر التعويض بقدر الضرر، بصرف النظر عن الخطأ، تافها كان أو جسيما، وهذا هو ما انتهى اليه القضاء الفرنسي⁽¹⁾ لأن تأثير الخطأ على المسؤولية ما هو الا بقية من اختلاط المسؤولية قديما بالمسؤولية الجنائية.

19 — والى جانب حق الخلف في التعويض عما أصابه شخصا من ضرر أدبي مرتد par ricochet فان له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب السلف Dommage transmis إذا كان السلف لم يحصل عليه أثناء حياته، فالحق فيه يدخل في ذمته المالية وينتقل الى ورثته، ولا أرى ما رأته القوانين العربية الأخرى من أنه يشترط أن يكون السلف قد اتفق عليه مع المسؤول أو رفع به دعوى أمام القضاء فالحق فيه، كالحق في الضرر المادي، يثبت في ذمة السلف منذ وقوع الفعل الضار، ولا حاجة به الى الاتفاق عليه أو المطالبة به، فهو ينتقل الى الورثة ولو كان السلف قد سكت عن المطالبة به، أسوة بالحق في التعويض عن الضرر المادي، وقد سبق ان ذكرت أن السلف قد يكون قضى نجبه فور وقوع الحادث فلم يستطع ان يطالب بحقه في التعويض، لا عن الضرر المادي، ولا عن الضرر الأدبي، فلماذا نفرق بين الضررين؟

وأختتم بالقول بأن للخلف الحق في المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر أدبي سواء كان ضررا مرتدا Dommage par ricochet أو ضررا أدبيا موروثا Dommage transmis، دون قيد أو شرط، طبقا للتشريع الجزائري.

(1) أنظر في ذلك: المسؤولية، شروطها، لمؤلفه G. Viney ط 1982 بند 599 ص 712.

الفروق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية

تمهيد:

لا أريد هنا أن أتعرض للمشكلة التقليدية التي نشبت بين أنصار وحدة المسؤولية l'unité de la responsabilité وأنصار ازدواجهما la dualité de la responsabilité فهذه مشكلة قديمة انتهت بانتصار الازدواجية، وانما أريد أن أسجل هنا فروقا لا شك فيها، فروق نص عليها القانون وأخرى استقر عليها القضاء، لا سيما القضاء الفرنسي.

والموقع أن نظرية الوحدة التي نادى بها طائفة من الفقهاء الفرنسيين، وعلى رأسهم بلانيول Planiol في مؤلفه عن القانون المدني (الطبعة التاسعة الجزء 2 الفقرات رقم 783 وما يليها) وجرانمولان Grandmoulin (في رسالته للدكتوراه التي قدمها الى جامعة Rennes في سنة 1892)، قد فشلت في نفي بعض الفروق بين المسئوليتين، لاسيما تلك التي نص عليها القانون الوضعي صراحة.

ولسوف أتعرض الى هذه الفروق في احدى عشرة نقطة، تظهر فائدتها على الأخص إذا قلنا بجواز الخيرة l'Option أي ترك المسؤولية العقدية والانتقال الى المسؤولية التقصيرية، وهو ما أحبه، لأن هذه الأخيرة تعتبر أحكامها من النظام العام، بحيث لا يجوز للأفراد استبعادها، فكيف يسوغ بعد ذلك أن نقول أن المتعاقدين قد استبعادها ضمنا بإبرامهما عقدا بينهما؟ ألا نكون بذلك قد ناقضنا أنفسنا؟.

وفيما يلي أعرض هذه النقاط الأحدى عشرة:

النقطة الأولى — الفرق بينهما من حيث تنازع القوانين زمانا:

في المسؤولية التقصيرية، الأصل هو ان القانون الذي يسري على الفعل الضار هو القانون الذي وقع هذا الفعل تحت سلطانه طبقا لقاعدة *lex temporis delicti* غير أنه من المقرر تطبيقا للمبدأ المعمول به جنائيا، إنه إذا صدر قانون جديد قبل صدور الحكم وكان أصلح للمتهم جنائيا فهو الذي يسري بأثر مباشر، كما ان من المقرر أنه إذا كان الحق في التعويض ينشأ من يوم وقوع الفعل الضار، فان القانون الساري عند صدور الحكم هو الذي يطبق على مقدار التعويض. وتطبيقا للمبدأ الأصلي الذي يقضي بتطبيق القانون الساري وقت وقوع الفعل الضار، قضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية باعتبار الوالد مسئولاً عن الفعل الضار الذي ارتكبه ابنه البالغ من العمر 19 سنة تحت سلطان القانون المدني الذي كان يقضي بان سن الرشد 21 سنة، على الرغم من أن الدعوى رفعت بعد صدور قانون 1975/7/5، الذي خفض سن الرشد الى 18 سنة⁽¹⁾. وبنفس المعنى، قضى المجلس الأعلى في الجزائر بان بلوغ سن الرشد عند صدور الحكم لا ينفي مسؤولية الأب عن فعل ضار ارتكبه ابنه حين كان قاصرا⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية فان القانون الذي يسري عليها هو الذي كان ساريا عند ابرام العقد، لا عند عدم التنفيذ أو الاخلال به⁽³⁾،

(1) صدر هذا الحكم في 1975/6/8 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1975 عدد 2 برقم 661.

(2) حكم المجلس الأعلى في 1983/3/2 في القضية رقم 30064 نشر في (الاجتهاد القضائي) الذي نشره ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1986.

(3) أنظر مؤلف الفقيه روبييه بعنوان *le droit transitoire* الطبعة الثانية 1960 فقرة 75 ص 361. وأنظر حكم الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية في 1969/4/17 المنشور في جيسير الدوري سنة 1969 عدد 2 برقم 15984.

وإذا كان الأصل هو ان القانون لا يسري إلا على الوقائع التي تحدث بعد صدوره (المادة 2 م. جزائري) فان للمشرع ان يجعل له أثرا رجعيا *effet rétroactif* استثناء.

النقطة الثانية — الفرق بينهما من حيث التنازع المكاني:

تقضي قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بتطبيق قاعدة *lex loci delicti* على الفعل الضار، أي تطبيق قانون المكان الذي وقع الفعل الضار تحت سلطانه، وقد قضت المادة 2/20 م. الجزائري بتطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ويراد به كما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للمادة 21 من القانون المصري، المتفق حريا مع المادة 20 م. جزائري، (الحادثة المنشئة للالتزام)⁽¹⁾.

وإذا كان الخلاف قد حدث حول ما إذا كان يجب تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار نفسه باعتبار أنه يقع دفعة واحدة، بينما الضرر قد يمتد زمانا ومكانا، أو يجب تطبيق قانون محل نشوء الضرر باعتبار أن المسؤولية التقصيرية لا تكتمل الا باكتمال ركن الضرر، فان من المتفق عليه هو تطبيق قانون المكان على المسؤولية التقصيرية طبقا للقاعدة السابقة الذكر، التي كانت المدرسة الايطالية القديمة قد وضعتها للجرائم الجنائية في القرن الرابع عشر، حين كانت المسؤولية المدنية مختلطة بالمسؤولية الجنائية، اللتين لم تنفصلا الا عند دوما Domat في القرن السابع عشر، وقد أصبحت اليوم تطبق على الجرائم المدنية.

هذا هو الأصل، غير أنه إذا كان قانون محل وقوع الفعل الضار يقضي بعدم مشروعية الفعل في حين يقضي قانون البلد الذي رفعت الدعوى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 1 ص 210 وما بعدها.

أمام محاكمه بمشروعية هذا الفعل، فإن هذا القانون الأخير هو الذي يطبق (المادة 2/20)، لأن مسألة مشروعية الفعل تتعلق بالنظام العام، هذا ويلاحظ ان هناك نظرية جديدة ابتكرها الفقيه الانجليزي المولد في أمريكا، هو الفقيه موريس Morris في سنة 1951 في مقال له نشر بمجلة كلية حقوق هارفارد العدد 64 تحت عنوان The proper law of the tort، قال فيه بتطبيق القانون الملائم على الفعل الضار، ورأى ان قاعدة lex loci delicti جامدة، وقد يكون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار عارضا لا صلة له باطراف الفعل ولا يلائم تطبيقه، ومن أشهر القضايا التي أخذ فيها بهذا الرأي قضية Babcock ضد Jackson، وتتلخص في ان جاكسون هذا استضاف السيدة بابكوك، فأخذها معه في سيارته للقيام برحلة ترفيهية في كندا. وفي ولاية Ontario بكندا حدث أن اصطدمت السيارة بجدار فأحدثت ضررا لهما، وعاد جاكسون من حيث انطلق، ولما كان الاثنان من سكان مدينة نيويورك، والسيارة مسجلة في مدينة نيويورك، ومؤمن عليها في هذه المدينة، ورفعت السيدة بابكوك دعوى المسؤولية أمام قضاء نيويورك، فقد انتهت المحكمة العليا في نيويورك الى تطبيق قانون هذه المدينة في حكمها الصادر بتاريخ 1963/5/5، وقالت في حكمها ان القانون الملائم هو قانون مدينة نيويورك، لأن أطراف النزاع من سكان نيويورك، والسيارة مسجلة بها، ومؤمن عليها لدى شركة تأمين في هذه المدينة، وقد انطلقت السيارة منها، وعادت إليها، ورفعت الدعوى أمام محاكمها، واعتبر الحكم ان قانون انتاريو لا علاقة له بالحادث الذي وقع تحت سلطانه عرضا، لا سيما وأن هذا القانون كان يقضي بحرمان المنقول مجانا من التعويض، بينما قانون نيويورك يقبل الحكم له بالتعويض.

ومهما يكن من شيء فإن قاعدة lex loci delicti ما زالت هي السائدة في كل دول العالم ما عدا أمريكا وفي بعض الأحيان انجلترا.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية على صعيد القانون الدولي الخاص، فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الارادة la loi de l'autonomie، أي

القانون الذي اختاره المتعاقدان، سواء بإرادة صريحة أو بإرادة ضمنية، بل وأحيانا بإرادة مفترضة، فيسرى القانون المختار على المسؤولية العقدية كأثر من آثار العقد ما لم يصطدم بالنظام العام، أو يكن قد اختير غشا نحو القانون الذي كان واجب التطبيق.

وقد قضت المادة (18 م. جزائري) بأن الأصل هو تطبيق قانون الإرادة، وإذا لم يستطع استخلاصه، طبق قانون محل إبرام العقد، رجوعاً إلى حكم القاعدة اللاتينية العتيقة *locus regit actum* التي كانت المدرسة الإيطالية القديمة قد وضعتها لتطبق على العقد موضوعاً وشكلاً. ولكن يلاحظ أن هناك نظرية حديثة ظهرت في فرنسا متأثرة بنظرية موريس Morris ترى أن يطبق على العقد القانون الذي تتركز حوله أو تشير إليه نقاط العقد وعناصره، وقد تزعم هذه النظرية الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol وسماها التركيز *la localisation*، وهي تصرف النظر عن إرادة المتعاقدين، وتعني بموضوع العقد، فهي نظرية موضوعية Objective وليست شخصية.

النقطة الثالثة — من حيث اختصاص القضاء ولائياً *Ratione materiae*:

من المقرر أنه يجوز في المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية (المادة 124 م. جزائري) أو عن فعل الغير (المادة 134 — 136 م. جزائري) أن ترفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية إذا كان الضرر المدني ناشئاً عن الجريمة الجنائية مباشرة، وتكون الدعوى المدنية حينئذ تابعة لدعوى الجنائية، وتفصل فيها المحكمة الجنائية طبقاً للأحكام المدنية، أما إذا كانت الدعوى المدنية مترتبة عن فعل الشيء فإن القضاء الفرنسي مستقر على عدم اختصاص المحكمة الجنائية بالنظر فيها، باعتبار أن الضرر ناشئ عن خطأ في الحراسة، لا عن الجريمة الجنائية. أما في المسؤولية العقدية، فإذا نشأ الضرر عن عدم تنفيذ التزام عقدي، أو عن الإخلال بتنفيذه، واعتبر

ذلك جريمة جنائية رفعت عنها الدعوى العمومية أمام المحكمة الجزائية، فلا يجوز للمدعي المدني أن يرفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجزائية بالتبعية الى الدعوى العمومية، مثال ذلك أن يعتدي الناقل المأجور على المنقول فيقتله أو يصيبه بجروح أو يسرق أمتعته، فلا يكون أمام المدعي المدني الا المحكمة المدنية وحدها.

النقطة الرابعة — من حيث اختصاص القضاء محليا Ratione loci :

المحكمة المختصة محليا بالنسبة للمسئولية التقصيرية هي محكمة محل وقوع الفعل الضار (المادة 4/9 من قانون الاجراءات المدنية)، وطبقا للمادة 3/46 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي يجوز أيضا ان ترفع الدعوى المدنية أمام محكمة محل نشوء الضرر إذا تعذرت معرفة مكان وقوع الفعل الضار.

أما في المسئولية العقدية، فان الأصل هو اختصاص محكمة موطن المدعي عليه تطبيقا للقاعدة اللاتينية Actor Suquitur forum rei فإذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف، كان الاختصاص لمحكمة آخر موطن له (المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية) (مع ملاحظة اختلاف مواد النزاع). غير انه فيما يتعلق بالمواد التجارية، يجوز أيضا أن ترفع الدعوى أمام محكمة الجهة التي تم فيها الوعد وتسليم البضاعة، أو أمام محكمة الجهة التي تم فيها الوفاء (المادة 779 اجراءات جزائري، والمادة 420 اجراءات مدنية فرنسي).

النقطة الخامسة — من حيث الاعذار la mise en demeure :

تقضي المادة 179 م. جزائري، وكذلك المادة 1146 م. فرنسي، بان الأصل في المسئولية العقدية الا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين، ويستثنى من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 179 من عدم جدوى الاعذار إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح عديم الجدوى بفعل

المدين، وما نصت عليه الفقرة الخامسة منها من عدم جدوى الاعذار إذا صرح المدين كتابة بأنه لا ينوي تنفيذ الالتزام، يضاف الى ذلك ما قضت به القوانين العربية الأخرى (المادة 158 م. مصري، 159 م. سوري) من أنه يجوز أن يتفق المتعاقدان على عدم ضرورة الاعذار، وقد قضت بذلك الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1972/11/3⁽¹⁾، وقد كان القانون المدني الجزائري غير موفق في النص بالمادة 179 على ضرورة الاعذار ما لم يوجد نص مخالف لذلك، لأن ضرورة الأعذار غير متعلقة بالنظام العام، بل هي مقررّة لمصلحة الأفراد، وبالتالي يجوز لهم الاتفاق على عدم ارسال اعذار للمدين، وإذا كان للمتعاقدين أن يتفقا على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون حكم من القضاء (المادة 120 م. جزائري) فمن باب أولى يجوز لهما أن يتفقا على عدم إرسال اعذار، لأن الانفساخ أشد خطورة من الأعذار، ومن يملك الأكثر يملك الأقل كما تقول القاعدة اللاتينية *qui potest majus, potest et minus*.

يضاف الى ما تقدم انه إذا كان الالتزام العقدي التزاما بامتناع عن عمل *Obligation de ne pas faire* وفعلة المدين فلا محل للاعذار (المادة 1145 م. فرنسي) وهذا بديهي لأن القصد من الأعذار هو حمل المدين على تنفيذ التزامه، والا حكم عليه بالتعويض.

أما في المسؤولية التقصيرية فلا محل للاعذار للمطالبة بالتعويض (المادة 181/3 م. جزائري)، وذلك لأن الأصل فيها هو ان الالتزام التزام بعدم احداث ضرر للغير. وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا كنص الفقرة الثالثة من المادة 181 جزائري، فان الحكم يستنتج من نص المادة 1145 السابقة الذكر، لأن الالتزام في المسؤولية التقصيرية التزام بالامتناع

(1) نشر في جازيت دي باليه سنة 1973 عدد 2 برقم 533.

عن عمل، وقد استقر القضاء الفرنسي على أن لا محل للاعذار في المطالبة بالتعويض عن ضرر يترتب المسؤولية التقصيرية (أنظر مثلاً حكماً لدائرة العرائض صدر في 14/2/1864)⁽¹⁾.

النقطة السادسة — من حيث التعويض ومداه:

التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية تقرر في القانون المدني الفرنسي القديم، ونظراً إلى أن تقنين نابليون لم يورد عنه نصاً، فقد تردد القضاء الفرنسي في الحكم به حتى سنة 1833، ثم استقر بعد ذلك على القضاء به، بل وتوسع كثيراً في الحكم به إلى درجة أن قضى به لمن فقد حيواناً⁽²⁾.

أما في المسؤولية العقدية فلم يقض القانون الفرنسي القديم بالتعويض عن الضرر الأدبي فيها، ولقد تردد القضاء الفرنسي في الحكم به في المسؤولية العقدية طوال قرن وثلث قرن، فلم يقبله إلا في سنة 1932. أما القانون المدني المصري فلم يفرق في هذا التعويض بين المسئوليتين (المادة 222)، وقد حذت القوانين العربية الأخرى حذوه فيما عدا القانون المدني الجزائري، وقد نصت قوانين أخرى جزائرية على التعويض في المسؤولية التقصيرية، وصار مسلماً به في التشريع والقضاء بالجزائر.

ثم إن القانون الفرنسي، وتحذو القوانين العربية حذوه، يقضي بالفرقة بين المسئوليتين فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المتوقع فقط في المسؤولية العقدية، وعن الضررين المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية (المادة 1150 م. فرنسي، 182 م. جزائري، 221 م. مصري).

(1) نشر في سيريه سنة 1868 عدد 1 برقم 123.

(2) أنظر مثلاً حكماً صدر في محكمة القضا بالتعويض الأدبي عن فقد كلب في 16/1/1962 نشر في دالوز سنة 1962 برقم 199.

فلا يسأل المدين في المسؤولية العقدية الا عن الضرر الذي كان متوقعا عند ابرام العقد، سواء في سببه أو في مداه، إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فيسأل عن تعويض الضررين (المادة 1150 م. فرنسي، 182 م. جزائري، 221 م. مصري)، وإذا كانت المادة 1150 م. فرنسي قد اقتصرت على الغش، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين يجمعان على الحاق الخطأ الجسيم بالغش طبقا للقاعدة اللاتينية التي تقول: *eulpa lata dolo aequiparatur* أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، مع أن الغش ينطوي دائما على سوء النية بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية.

أما من حيث التعويض عن الضرر المباشر وحده في المسئوليتين فهذا هو الرأي لسائد، غير أن هناك رأيا قويا يرى ضرورة التعويض في المسئولية التقصيرية عن الضررين المباشر وغير المباشر، وقد تزعم هذا الرأي كبار الفقهاء الفرنسيين مثل ديموج Demogue⁽¹⁾ وأوبري ورو Aubry et Rau⁽²⁾ ولوران Laurent⁽³⁾ وبودان Beudant⁽⁴⁾ وبلانيول Planiol⁽⁵⁾ وجوسران Josserand⁽⁶⁾، كما أن القضاء الفرنسي أصدر أحكاما كثيرة بالتعويض عن الضررين في المسئولية التقصيرية، ومنها حكم صدر من دائرة العرائض بمحكمة النقض في 1905/3/27⁽⁷⁾ وآخر من دائرتها الجنائية في 1921/4/16⁽⁸⁾ وآخر من هذه الدائرة في 1923/6/15⁽⁹⁾.

-
- (1) أنظر كتابه الالتزامات ج 4 الفقرتان 460 — 461.
 - (2) أنظر شرح القانون المدني لاوبري ورو الطبعة الخامسة ج 6 فقرة 445، ص 352.
 - (3) أنظر كتابه شرح القانون المدني ج 20 فقرة 523.
 - (4) أنظر شرح القانون المدني ج 2 فقرة 1236.
 - (5) أنظر شرح القانون المدني ج 2 فقرة 896.
 - (6) أنظر شرح القانون المدني ج 2 فقرة 440.
 - (7) نشر حكم دائرة العرائض في داللو الدوري سنة 1905 عدد 1 301.
 - (8) نشر حكم الدائرة الجنائية في داللو الدوري سنة 1922 عدد 1 برقم 207.
 - (9) نشر هذا الحكم في داللو الدوري سنة 1924 عدد 1 برقم 135.

وقد استند هذا الرأي الى أن المادة 1151 مدني فرنسي (المقابلة للمادة 182 مدني جزائري)، التي تقصر التعويض على الضرر المباشر، قد وردت في باب الالتزامات التعاقدية، وأنها خاصة بالتعويض في نطاق المسؤولية العقدية، أما النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية (1382 وما يليها، فلم يرد بها تحديد التعويض بالضرر المباشر، بل وردت أحكامها عامة عن تعويض الضرر دون تخصيصه بالمباشر، ومن المقرر ان النص العام لا يخصص الا بنص خاص.

وقد أيد المشرع الفرنسي وجهة النظر المذكورة في قانون النقابات المهنية الصادرة في 12/3/1920، الذي أجاز للنقابة أن تطالب بالتعويض عن الضررين المباشر وغير المباشر، اللذين أصابا المهنة التي تمثلها النقابة.

كما أن قانون الموجبات اللبناني لا يفرق في التعويض بين الضررين المباشر وغير المباشر (المادة 261). وأرى أن هذا الرأي هو الصواب، لأن النصوص الواردة في قوانيننا العربية متفقة تماما مع نصوص القانون المدني الفرنسي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإذا كان التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضررين، المتوقع وغير المتوقع، فمن باب أولى يجب أن يشمل الضررين المباشر وغير المباشر، وبما أن سبب الضرر غير المباشر هو الفعل الضار، ولولا هذا الفعل ما حدث هذا الضرر، فيجب ان يعوض عنه كالضرر المباشر أخذا بنظرية تكافؤ الأسباب *la théorie de l'équivalence des conditions* وعلى ذلك فهناك فرق بين المسئوليتين فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر غير المباشر، لأن الاجماع منعقد على أن لا تعويض في المسؤولية العقدية الا عن الضرر المباشر، والنصوص قاطعة في ذلك.

وقبل الانتقال من هذه النقطة لا يفوتني ان أشير الى ان القانون الألماني لا يفرق بين المسئوليتين في التعويض عن الضررين المتوقع وغير المتوقع (المادة 249، 253، 276).

النقطة السابعة — من حيث مدة التقادم *la prescription*:

تختلف المسئوليتان من حيث التقادم المسقط في كل منهما، ففي فرنسا كانت مدة تقادم دعوى المسئولية التقصيرية 30 سنة، الى أن صدر قانون بتاريخ 1975/7/5 أدخل المادة 1 — 2270 في القانون المدني، وأصبحت مدة التقادم عشر سنين من يوم نشوء الضرر أو اشتداده، ثم كانت مدة تقادم الدعوى التقصيرية تقصر الى 10 أو 3 أو الى سنة واحدة إذا نشأ الضرر المدني عن جناية أو جنحة أو مخالفة، ثم صدر قانون بتاريخ 1980/12/23، فصل بين مدتي التقادم، وأصبحت مدة تقادم الدعوى التقصيرية لا تتأثر بمدة تقادم الدعوى الجنائية إذا ارتبطت بجريمة جنائية. أما في القانون المدني المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه، فمدة تقادم الدعوى التقصيرية فيها ثلاث سنين من تاريخ العلم بالضرر ومعرفة المسئول وأما خمس عشرة سنة إذا لم يتوافرا (المادة 1/172 م. مصري، 1/173 م. سوري و 175 م. ليبي)، وطبقا لهذه القوانين إذا ترتب الضرر التقصيري على جناية، وكانت مدة التقادم ثلاث سنين للدعوى التقصيرية، فإن المدة تمتد الى عشر سنين، مدة تقادم دعوى الجناية.

أما القانون المدني الجزائري فقد قضى بتقادم الدعوى التقصيرية بخمس عشرة سنة في كل الحالات (المادة 133).

أما في المسئولية العقدية فمدة التقادم طبقا للقانون المدني الفرنسي تتدرج من ستة أشهر الى 30 سنة بحسب العقود، وفي قوانيننا العربية من سنة الى 15 سنة (المواد من 308 الى 312 م. جزائري، 374 — 378 م. مصري، 375 — 379 م. سوري، 311 — 315 م. ليبي).

هذا ويلاحظ ان الفقه الفرنسي يجيز للمتعاقدین الاتفاق على تعديل مدد التقادم في المسئولية العقدية، أما في قوانيننا العربية فلا يجوز الاتفاق على تعديل مدد التقادم المقررة قانونا (المادة 1/322 م. جزائري 1/182 م. مصري).

النقطة الثامنة — من حيث الخطأ *le faute* وإثباته *la preuve*:

كانت النظرية التقليدية تفرق بين درجة الخطأ في المسئوليتين على الوجه الآتي:

أولاً — ينقسم الخطأ من حيث درجته الى ثلاثة أقسام: خطأ جسيم *Culpa lata* وخطأ يسير *culpa levis* وخطأ تافه *culpa levissima*.

فبالنسبة للمسئولية التقصيرية يسأل الانسان حتى عن خطئه التافه طبقاً للقاعدة اللاتينية *In lege aquilia et culpa levissima venit* أي يسأل الانسان في المسئولية الأكيلية (أي التقصيرية عن الخطأ حتى لو كان تافهاً).

— أما في المسئولية العقدية فقد كانت النظرية التقليدية تقسم العقود الى ثلاثة أنواع:

— عقود تتم لمصلحة المدين وحده مثل العارية *le commodat* وفيها يسأل المدين عن الأخطاء الثلاثة.

— عقود تتم لمصلحة الدائن وحده مثل الوديعة بدون أجر *le dépôt gratuit* وفيها لا يسأل المدين إلا عن خطئه الجسيم دون الخطأ اليسير أو التافه.

— وعقود تتم لصالح الطرفين مثل البيع والإيجار، وفيها يسأل المدين عن خطئه الجسيم أو اليسير دون التافه.

وقد هجرت هذه النظرية اليوم، وأصبحت المسئولية التقصيرية تخضع كالمسئولية العقدية في معيار الخطأ الى معيار سلوك رب الأسرة الطيب *le bon père de famille*، فإذا انحرف المدين عن سلوك هذا الشخص كان مسئولاً. غير أنه إذا كان هذا هو الأصل، فقد رأت القوانين الوضعية ان

تفرق في العقود بين عقود التبرع وعقود المعاوضة، وخففت من مسؤولية المتبرع فجعلت المعيار فيها هو معيار عناية المدين بشؤونه الخاصة، بصرف النظر عما إذا كانت أقل من عناية رب الأسرة الطيب، ومن هذه الناحية تختلف المسئوليتان، فمعيار رب الأسرة الطيب مطلق في المسئولية التقصيرية.

أما من حيث اثبات الخطأ فتختلف المسئوليتان اختلافاً بيناً، لا سيما بعد التطور القضائي في فرنسا تحت تأثير نظرية تحمل التبعة، فمنذ صدور القانون المدني الفرنسي، كان الخطأ، وهو الركن الأساسي في المسئولية التقصيرية، واجب الإثبات في المسئولية عن الأفعال الشخصية وعن فعل الأشياء الحية وغير الحية، ثم تطور القضاء هناك فقضي بتاريخ 1885/10/27⁽¹⁾ بأن المسئولية عن فعل الحيوان تقوم على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وبعد (اكتشاف) الفقرة الأولى من المادة 1384، قضت محكمة النقض بتاريخ 1896/6/11⁽²⁾ بأن الخطأ في المسئولية عن الأشياء غير الحية مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ولا ينفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، ثم قضت هذه المحكمة بدوائرها المجتمعة في قضية جاندير Jand'heur بتاريخ 1930/2/13⁽³⁾ بأن المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية مفترضة Présomption de responsabilité ثم انتهت هذه المحكمة إلى القول بأن هذه المسئولية تقوم بقوة القانون de plein droit في حكمها الصادر بتاريخ 1956/10/18⁽⁴⁾ وأصبحت المسئولية عن فعل الأشياء تقوم بدون خطأ بل على أساس تحمل التبعة.

(1) نشر هذا الحكم في سيريه سنة 1885 عدد 1 برقم 33.

(2) نشر هذا الحكم في سيريه سنة 1896 عدد 1 برقم 17.

(3) نشر هذا الحكم في داللو سنة 1930 عدد 1 برقم 37.

(4) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1956 عدد 2 برقم 365.

أما المسؤولية عن فعل الغير، ففي مسؤولية متولي الرقابة (المادة 134، 135 م. جزائري)، تقوم المسؤولية على أساس خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لاثبات العكس، وأما مسؤولية المتبوع عن تابعه (المادة 136 م. جزائري)، فالرأي السائد بصدد أنها تقوم على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس حتى بالسبب الأجنبي.

أما في المسؤولية العقدية فقد انتهى الرأي إلى أن الالتزام فيها إما أن يكون التزاماً ببذل عناية، فيكون على الدائن أن يثبت أن المدين قد انحرف عن سلوك رب الأسرة الطيب فيكون مسئولاً، وإما أن يكون التزام المدين التزاماً بتحقيق غاية، فيسأل عن عدم تحقيق الغاية دون حاجة لإثبات خطأ ضده، أي أن الأمر يرجع إلى معرفة ما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية. Obligation de moyens.

أو التزاماً بتحقيق غاية Obligation de résultat وهذا هو الذي قال به الرأي الراجح السائد في فرنسا تفسيرا للمادة 1137 مدني بالنسبة إلى الالتزام ببذل عناية، وهي تقابل المادة 172 مدني جزائري، وللمادة 1147 بالنسبة إلى الالتزام بتحقيق غاية (وهي تقابل المقاة 176 م. جزائري).

وهكذا نرى الاختلاف بين المسئوليتين من حيث درجة الخطأ أو اثباته.

النقطة التاسعة — من حيث التضامن la solidarité:

نصت القوانين العربية على تضامن المدينين (المسؤولين) في المسؤولية التقصيرية (المادة 126 م. جزائري 279 م. مصري، 280 م. سوري، 282 م. ليبي)، أما في فرنسا، فنظروا إلى أن تقنين نابليون لم يورد نصاً على التضامن في المسؤولية التقصيرية، فقد سد القضاء هناك هذا الفراغ بابتكاره فكرة التضامن In solidum والتضامن يكاد يشبه التضامن فيما

عدا نيابة المتضامنين بعضهم عن بعض فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، فهذه النيابة غير موجودة في التضام.

أما في المسؤولية العقدية، فلا تضامن بين المدينين أو الدائنين إلا بمقتضى نص قانوني أو اتفاق على التضامن (المادة 217 م. جزائري، 279 م. مصري، 1202 م. فرنسي).

وهكذا تختلف المسئوليتان من حيث التضامن بين الدائنين أو المدينين.

النقطة العاشرة — من حيث الاعفاء l'exonération:

وردت نصوص القوانين العربية صريحة قاطعة في بطلان كل شرط يعفي من المسؤولية التقصيرية (المادة 3/178 م. جزائري، 3/217 م. مصري، 3/218 م. سوري، 3/220 م. ليبي). أما في فرنسا فنظرا الى أن تقنين نابليون لم يورد نصا يقضي ببطلان شروط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، فقد اختلف الفقه حول جواز أو عدم جواز مثل هذه الشروط، ويرجع هذا الخلاف أصلا الى التساؤل عما إذا كانت أحكام هذه المسؤولية تعتبر أو لا تعتبر من النظام العام D. Ordre public. فأما القضاء هناك، فهو مستقر على اعتبارها من النظام العام، وعلى الحكم ببطلان كل شرط يقضي بالاعفاء منها. وأما الفقه فقد انقسم حول هذه المسألة ورأت أقلية منه أن أحكام هذه المسؤولية لا تتعلق بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية، ويضربون مثلا لذلك ما يجري عليه العمل بين المشتركين في الألعاب الرياضية إذ يتفقون مقدما على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية، أو على تحديد مبالغ معينة للأضرار التي تحدثها هذه الألعاب، غير أن من المتفق عليه اجماعا بطلان هذه الشروط إذا انصبت على الأضرار الجسمية لأن لجسم الانسان حرمة تضعه فوق كل شرط يمس سلامته، ولا أريد أن أدخل في تفصيل هذه المسألة، وأحيل من يريد التفصيل الى مؤلف الأساتذة مازو Mazeaud عن المسؤولية الجزء الثالث، المجلد الثاني الذي تولى كتابته الأستاذ ف. شابا Chabas.

أما فيما يرجع الى المسؤولية العقدية، فيكاد ينعقد الاجماع على جواز الاعفاء أو التخفيف أو التشديد منها مبدئياً، وأن كانت هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ. وقد قضت قوانيننا العربية بجواز شروط الاعفاء أو التخفيف أو التشديد من المسؤولية العقدية مبدئياً (المادة 1/178 — 2 م. جزائري، 1/217 — 2 م. مصري، 1/218 — 2 م. سوري، 1/220 — 2 م. ليبي).

أما في فرنسا، فعلى الرغم من عدم وجود نص في تقنين نابليون، يضع مبدأ عاماً بجواز شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية، فقد أورد هذا التقنين نصوصاً عديدة متفرقة تنص على استثناءات من هذا المبدأ تقضي ببطالان هذه الشروط في بعض العقود، ومما لا ريب فيه ان الاستثناء يؤيد الأصل، وقد أجمع الفقه والقضاء هناك على أن الأصل هو جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية.

غير أن القضاء هناك كان يرتب على شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية انتقال عبء الدليل من المدين الى الدائن⁽¹⁾، فكان الدائن يستطيع ان يثبت خطأ ضد المدين المعفي بمقتضى شرط الاعفاء، وكان معنى ذلك الانتقال من المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية، وهو ما يخالف مبدأ عدم الجمع *le non-cumul* الذي استقر عليه هذا القضاء، ولذلك فقد كان الفقه ينتقد القضاء انتقاداً مريراً في هذا الرأي، ولذلك عدل القضاء عن هذا الرأي، وأصبح منذ سنة 1959 يرتب على شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية اعفاء تاماً، بحيث لا يجوز للدائن اثبات خطأ المدين⁽²⁾. غير أنه إذا كان الأصل هو جواز اشتراط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية، فانه ترد على هذا الأصل استثناءات كثيرة اقتصر على أهمها:

(1) أنظر حكم الدائرة المدنية في 9/11/1915 المنشور في دالوز الدوري سنة 1921 عدد 1 برقم 23.

(2) أنظر حكم الدائرة المدنية الثانية الصادر في 15/6/1959 المنشور في دالوز عدد 1 سنة 1960 برقم 97.

فإذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً في عدم تنفيذ التزامه، بطل شرط الاعفاء، وصار مسئولاً (المادة 2/178 م. جزائري، 2/217 م. مصري، 2/218 م. سوري، 2/220 م. ليبي)، وانظر المادة 1150 مدني فرنسي، ولكن هل تنقلب مسؤولية المدين من عقدية الى تقصيرية في حالة ارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً؟ يرى البعض هذا الرأي، ولكن الرأي السائد هو بقاء المسؤولية عقدية واعتبار تشديد التعويض جزاء على الغش أو الخطأ الجسيم.

هذا ويلاحظ ان قوانيننا العربية قد أجازت في النصوص السابقة الذكر، اشتراط المدين اعفائه من المسؤولية إذا ارتكب مساعدوه غشاً أو خطأً جسيماً في الاخلال بالتنفيذ، أما القضاء الفرنسي فهو يسوي بين غش المدين أو خطئه الجسيم وبين غش مساعديه أو خطئهم الجسيم، فيرتب على الأثنين بطلان شرط الاعفاء.

وإذا ورد شرط الاعفاء في عقد من عقود الاذعان، جاز للطرف المدعى أن يطلب من القضاء تخفيفه أو ابطاله (المادة 110 م. جزائري). أما في فرنسا، فما أن تقنين نابليون لم يتناول عقود الاذعان، فيطبق حكم المادة 1152 م. فرنسي بصدد شروط الاعفاء ويجوز للقاضي الحكم ببطلانها، وكذلك يقضي القانون الفرنسي ببطلان شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية التي يشترطها ذوو المهن les professionnels في العقود التي يبرمونها مع غير المهنيين، ولقد صدر في فرنسا قانون حماية المستهلكين بتاريخ 10/1/1978 ونص في المادة 35 منه على بطلان شروط الاعفاء التعسفية التي يشترطها البائعون المهنيون في عقود البيع لغير المهنيين، ولكن تصح هذه الشروط بين المهنيين والمهنيين المتخصصين في نفس المهنة.

النقطة الحادية عشر — من حيث التمييز le discernement :

على الرغم من أن أنصار وحدة المسؤولية نفوا أن يكون هناك فرق بين المسئوليتين من حيث الأهلية، فمما لا ريب فيه أن المسئوليتين مختلفتان من حيث اشتراط التمييز. ففيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية كان القضاء الفرنسي يصر على ضرورة توافر التمييز لدى المسئول ما دامت هذه المسؤولية تقوم على ركن الخطأ، وعدم التمييز لا ينسب إليه خطأ، غير أن القضاء الفرنسي كان يشعر بقسوة هذا المبدأ، ولذلك كان يتلمس مختلف الوسائل للتخفيف من حدته، فكان يشترط لعدم مسؤولية غير المميز ألا يكون قد فقد التمييز بإرادته، كما لو تناول مسكرا أو مخدرا عمدا، كما كان يشترط لعدم مسؤولية غير المميز أن يكون انعدام التمييز مطبقا، فإذا كانت هناك أوقات افاقة تتخلل الجنون افترض أن المجنون قد ارتكب الفعل الضار في خلاله (خلال أوقات الافاقة) ووجب عليه اثبات العكس، كما أنه كان يعتبر مسئولا عن أفعال المجنون من كان يجب عليه إدخاله مستشفى الأمراض العقلية ولم يفعل، وكذلك من يتولى الرقابة عليه من أب أو أم. وكان هذا القضاء يشترط في المسؤولية عن فعل الأشياء ضرورة توافر التمييز حتى سنة 1964، ثم أصدرت في هذا العام حكما في قضية تريشار Trichard في 18/12/1964⁽¹⁾ قضى فيه بمسؤولية تريشار الذي كان مصابا بمرض الصرع l'épilepsie، الذي كان ينتابه بنوبات متقطعة من حين إلى حين، وقد قاد سيارته يوما وهو كامل الوعي، ولكن داهمته أزمة الصرع خلال سيره فانفلتت منه السيارة وأصاب أحد المارة بجروح جسيمة، فرفع عليه دعوى على أساس المادة 1384 ف. 1، الخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، فاستجابت له الدائرة المدنية في حكمها السابق الذكر وقضت بمسؤولية تريشار عن تعويض الضرر الذي أصابه، ولقد تأثر المشرع

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه 1965 عدد 1 برقم 202.

الفرنسي بهذا الحكم فاصدر بتاريخ 1968/1/3 قانونا أدخل فيه مادة جديدة في القانون المدني تحت رقم 2/489 تقضي بمسئولية من يحدث ضررا للغير أثناء فقد قواه العقلية عن دفع التعويض، ومع أن هذه المادة قد وردت في الفصل الخاص بالرشيدين الموضوعين تحت الرقابة للخلل في قواهم العقلية، فإن القضاء هناك قد عمم حكمها حتى على غير الرشيدين من صغار الأطفال وعلى جميع أنواع المسئولية⁽¹⁾، وأصبح عديم التمييز من يومئذ مسئولا عن فعله الشخصي وعن فعل الشيء الذي يكون في حراسته.

ولقد سبقت قوانيننا العربية المشرع الفرنسي والقضاء الفرنسي ونصت على مسئولية عديم التمييز تقصيريا (المادة 2/125 م. جزائري، المطابقة للمواد 2/164 م. مصري، 2/165 م. سوري، 2/167 م. ليبي)، فعديم التمييز عندنا يسأل شخصا عما يحدثه من ضرر إذا لم يكن له من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول عنه، ولو انها مسئولية مخففة يقدر القاضي التعويض فيها بحسب مركز الخصوم، لا بحسب الضرر كما تقضي القواعد العامة. وقد طبق المشرع العربي هذا الحكم في مسئولية متولي الرقابة (المادة 134 م. جزائري وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى) فاعتبر متولى الرقابة مسئولا عن الفعل الضار الذي يحدثه الموضوع تحت رقابته ولو كان غير مميز وأصبح المتبوع أو التابع يمكن أن يكون غير مميز، وكذلك حارس الأشياء، ولا اتفق في الرأي مع الأستاذ السنهاوري الذي يشترط في الحارس ان يكون مميزا⁽²⁾، وذلك لأنني أعتقد ان نص المادة (2/125 م. جزائري) (وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى) عام يطبق على جميع أنواع المسئولية ولا يخصص الا بنص خاص. ثم إنه إذا ساغ قبول رأي الأستاذ السنهاوري في القانون المدني المصري بالنسبة

(1) أنظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 1977/5/4 المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1977 تحت رقم 772.

(2) أنظر الأستاذ السنهاوري في الوسيط الجزء 1 فقرة 735 ص 1242 طبعة بيروت سنة 1973.

الى انعدام التمييز لصغر في السن، فإنه لا يسوغ قبوله في القانون المدني الجزائري لسببين:

الأول — هو أن القانون المدني المصري يجعل سن التمييز سبع سنين، والقانون المدني الجزائري يرفعها الى 16 سنة (المادة 2/42).

الثاني — هو أن القانون المدني المصري يقصر المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية على تلك التي تحتاج حراستها الى عناية خاصة لخطورتها، ومن المعقول أن من لم يبلغ سبع سنين لا يستطيع حراستها، بينما يعمم المشرع الجزائري المسؤولية عن فعل كل الأشياء ولو كانت تافهة، ومن المعقول جدا ان الصبي الذي لم يبلغ 16 سنة يستطيع حراسة دراجة أو حتى شفرة حلاقة.

أما الصبي المميز عندنا فإنه يسأل مسؤولية تقصيرية كاملة (1/125) م. جزائري وما يقابلها من النصوص العربية الأخرى).

أما في المسؤولية العقدية فعديم التمييز غير مسئول عقديا، لأن كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى لو كانت نافعة له نفعا محضا (المادة 82 من قانون الأسرة، 110 من القانون المدني المصري وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى)، وبما أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا وجد عقد صحيح، فلا محل لها بالنسبة لعديم التمييز.

وكذلك إذا قام المميز بتصرفات ضارة به ضررا محضا، فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا ولا محل فيها لمسؤولية عقدية لنفس الاعتبار (المادة 83 ق. أسرة، 1/111 م. مصري وما يقابلها في القوانين العربية الأخرى). وتكاد أحكام القانون المدني الفرنسي تتفق مع أحكام قوانيننا العربية (أنظر المادتين 903 ، 2/1124 مدني فرنسي). وهكذا تختلف المسؤوليات من حيث التمييز.

خطأ المضرور la faute de la vietime

في القضاء الفرنسي وفي القانون المدني الجزائري

تمهيد:

1 — مما لا ريب فيه اليوم هو أن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية من صنع القضاء الفرنسي، فهو الذي بلورها وطورها عبر أكثر من قرن من الزمان، وبعد أن كانت منذ صدور تقنين نابوليون في سنة 1804 خاضعة للقواعد العامة، المنصوص عليها بالمادتين 1382 — 1383، وكان على المضرور من فعل الشيء غير الحي أن يثبت خطأ حارس هذا الشيء، طور القضاء الفرنسي هذه المسؤولية فاعتبرها قائمة على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ثم على خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس، ثم عاد الى افتراض الخطأ افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ثم على افتراض المسؤولية بدلا من افتراض الخطأ، وأخير انتهى سنة 1956 الى أنها تقوم بقوة القانون Responsabilité de plein droit ولم تكن هذه المسؤولية تدور بخلد واضعي تقنين نابوليون، الذين نصوا في الفقرة الأولى من المادة 1384 على ما يلي: «يسأل الانسان، ليس فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي، ولكن يسأل أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هو مسئول عنهم، أو الذي يحدثه الأشياء التي تكون تحت حراسته» وكانوا يقصدون بالشرط الأول من هذه الفقرة، الأشخاص المنصوص عليهم بالفقرات 4، 5، 6 من هذه المادة، أي الأب والأم اللذان يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القصر الساكنون معهما، والسادة والمتبوعون الذين يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدمهم وتابعوهم خلال قيامهم

بوظائفهم، ثم المعلمون وأرباب المهن الذين يسألون عن الضرر الذي يحدثه تلامذتهم وصبيانهم أثناء التعليم.

أما الشطر الثاني من هذه الفقرة، فكانوا يقصدون به مسؤولية الانسان عن الضرر الذي يحدثه حيوانه، المنصوص عليها بالمادة 1385، ومسؤولية مالك البناء عن الضرر الذي يحدثه تهدم هذا البناء، المنصوص عليها بالمادة 1386، ولم يكن في ذهنهم مطلقاً أن هناك أشياء أخرى غير الحيوان والبناء يمكن أن تحدث ضرراً.

وظل الأمر يسير على هذا النحو حتى سنة 1871، ففي هذه السنة (اكتشفت) المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية في بلجيكا، وقيل أن الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 1384، يضع حكماً خاصاً بالأشياء غير الحية، وليس مشيراً إلى الأشياء المنصوص عليها بالمادتين 1385 — 1386 بل هو يضع مسؤولية مستقلة عن فعل الأشياء غير الحية، ثم وصل صدى هذا (الاكتشاف) إلى القضاء الفرنسي، فتنابه وأصدرت محكمة النقض الفرنسية أول حكم لها بذلك في 1896/6/16⁽¹⁾، قالت فيه أن مسؤولية حارس الشيء غير الحي تقوم على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل العكس ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، ثم جاء حكم الدوائر المجتمعة لهذه المحكمة في قضية جاندير Jand'heure في 1930/2/13⁽²⁾، فأرسي أحكام هذه المسؤولية، وفصل السبب الأجنبي المعفي منها، فما هو هذا السبب الأجنبي؟

2 — إذا رجعنا إلى تقنين نابوليون، وجدنا أنه لم يذكر السبب الأجنبي في المواد 1382 — 1386 المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، وإنما ذكره في المسؤولية العقدية، وذكر في المادة 1147 السبب الأجنبي دون ذكر نوعه ثم

(1) نشر هذا الحكم في داللو الدوري سنة 1897 عدد 1 برقم 433 مع تعليق للفقهاء Savatier.

(2) نشر حكم الدوائر المجتمعة في داللو الدوري سنة 1930 عدد 1 برقم 57 مع تعليق للفقهاء Ripert.

ذكر بالمادة 1148 أنه هو القوة القاهرة والحادث المفاجيء ثم مد الفقه والقضاء هذين السببين الى المسؤولية التقصيرية، ثم ألحقا بهما خطأ المضرور وخطأ الغير، وأصبحت أنواع السبب الأجنبي هي القوة القاهرة *la force majeure* والحادث المفاجيء *le Casfortuit* وخطأ المضرور *la faute de la victime* وخطأ الغير *la faute d'autrui* وقد أخذت بذلك قوانيننا العربية في المسؤولية التقصيرية، (المادة 127 م. جزائري، 165 م. مصري، 166 م. سوري، 168 م. ليبي) واستقر الفقه والقضاء في فرنسا وعندنا على أن السبب لا يكون أجنبيا إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية: أن يكون غير ممكن دفعه *Insurmontable* *irrésistible* وغير ممكن توقعه *Imprévisible*، وغير منسوب الى المسؤول *non imputable*، وقد زاد القضاء الفرنسي على هذه الشروط الثلاثة شرطا رابعا في مادة المسؤولية عن فعل الشيء فقط، وهو أن يكون السبب خارجيا *exterieure* وقد استخلص هذا الشرط من أن العيب الملاصق لطبيعة الشيء لا يعفي من هذه المسؤولية كما ورد في حكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر، وأراد به أن يكون السبب خارجا عن الشيء الذي أحدث الضرر، وعن شخص المسؤول وحتى عن طريق سير الشيء، بحيث لو كان في طريق سير السيارة عيب كحفرة تسبب عن السقوط بها انحراف السيارة وأحدث ضررا للغير، فلا يؤخذ هذا العيب في الاعتبار، بل يعتبر داخليا، وقبل أن أعرض لخطأ المضرور، الذي هو موضوع هذا المقال، يقتضيني الأمر أن أعرض لمسألة هامة أثرت على خطأ المضرور، وهي مسألة اعتبار المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، مسؤولية احتياطية *Subsidiaire* أي مسؤولية، استثنائية وليست قاعدة عامة.

3 — ظل القضاء الفرنسي حيناً من الدهر يعتبر هذه المسؤولية احتياطية لا تطبق في كل الأحوال ولذلك أحاط تطبيقها بمختلف القيود التي تحول دون تطبيقها بصفة مطلقة.

وأول قيد لازمها منذ نشأتها في بلجيكا هو قيد العيب *le vice* فلم يكن المضرور يستطيع الحصول على التعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء

غير الحي إلا إذا أثبت أن الشيء أحدث الضرر بسبب عيب فيه، وقد استمد الفقه والقضاء في بلجيكا وفي فرنسا فكرة العيب من نص المادة 1386 التي تستلزم من المضرور من تهدم البناء أن يثبت أن هذا التهدم يرجع سببه الى عيب في تشييد البناء أو الى إهمال في صيانته، وكان معنى ذلك إرهاب المضرور بعبء دليل يصعب إثباته، وقد يحتاج إثباته الى خبرة فنية تعوز المضرور، وكان مقتضى ذلك أن (اكتشاف) الشطر الثاني من الفقرة الأولى للمادة 1384 الذي أريد به انصاف المضرور باعفائه من اثبات خطأ المسؤول قد ارتد ضد المضرور فحملة بعبء دليل أشد من اثبات الخطأ وأخذ منه بالشمال، ما أعطاه له باليمين.

وأمام هذا الشذوذ، انتهى القضاء الفرنسي الى استبعاد هذا القيد بحكم أصدرته محكمة النقض بتاريخ 1920/11/16⁽¹⁾ ثم أكد حكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر هذا الاستبعاد.

4 — وكذلك كان هناك قيد ثان لازم هذه المسؤولية منذ نشأتها، باعتبارها مسؤولية احتياطية يقضي بالا تطبيق إلا إذا كان الضرر قد حدث من الشيء دون أن يكون محركاً بيد الانسان، فإذا كان الضرر قد حدث من الشيء وهو محرك بيد الانسان *Actionnée par la main de l'homme* فيجب اثبات خطئه طبقاً لأحكام المادتين 1382 — 1383 ولكن كيف يستطيع الشيء أن يحدث ضرراً ما لم يكن محركاً بيد الانسان؟ قيل يومئذ أن الفعل الضار ينسب الى الشيء في حالتين: أن يكون به عيب، أو أن الضرر قد حدث من الشيء دون تدخل الانسان مثل انفجار مرجل *chaudière* أو انزلاق سيارة من عل الى أسفل فتحدث ضرراً، وقد كان

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1920 عدد 1 برقم 169 مع تعليق لرستاد .Savatièr

هذا القيد هو الذي أثار الخلاف بين محكمتي استئناف بيزانسون وليون، وبين محكمة النقض بصدد قضية جاندير، وقد انتهى الخلاف بحكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر في 13/2/1930، الذي قضى على هذا القيد نهائيا وساوى بين الأشياء التي تحركها يد الانسان وتلك التي لا تحركها يد الانسان، لا سيما وأنه كان من شأنه الا تطبق هذه المسؤولية على الضرر الذي تحدثه السيارات مع أنها أكثر الأشياء التي تحدث ضررا.

5 — ثم كان قد قيل إن هذه المسؤولية لا تطبق على العقارات بل يقتصر تطبيقها على المنقولات فقط، أما العقارات فتخضع لأحكام المادة 1386، وعلى الرغم من صدور قانون 7/11/1922 الذي استثنى من المسؤولية عن الأشياء غير الحية العقارات التي يشب فيها حريق، والاستثناء يؤيد القاعدة) فقد ظل القضاء يتردد في تطبيق هذه المسؤولية على العقارات حتى صدر حكم محكمة النقض في 6/3/1928⁽¹⁾ فقطع الشك في تطبيق هذه المسؤولية على العقارات، وأيد حكم الدوائر المجتمعة هذا الرأي.

وكذلك كان قد قبل أن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية لا تطبق الا على الأشياء الخطرة وحدها، أما الأشياء غير الخطرة فيطبق عليها نص المادة 1382، وكان الأستاذ Ripert هو الذي نادى بهذا القيد، مستندا الى أن واضعي تقنين نابوليون لم يخصصوا بالذكر المسؤولية عن فعل الحيوان وعن تهمد البناء الا لأنهما كانا في عصرهم هما اللذين يمثلان الخطر.

ولقد أخذ أول حكم في قضية جاندير صدر في 21/2/1927 بهذا القيد، ولكن حكم الدوائر المجتمعة قضى عليه بسكوته عن ذكره، وقيل يومئذ ان سكوته كان أبلغ من تصريحه.

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1928 عدد 1 برقم 97.

ونشير الى أن القانون المدني المصري قد أخذ بقيد الخطورة.

— أما بالنسبة الى خطأ المضرور الذي هو موضوع هذا المقال، فقد مرّ بمراحل خمس تأثر في المرحلة الأولى منها بفكرة أن المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي مسؤولية احتياطية.

المرحلة الأولى:

7 — كان ينبغي طبقاً لحكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر ان يتوافر في خطأ المضرور ما يتوافر من شروط في القوة القاهرة، حتى يعفي المسئول من هذه المسؤولية، أي أن يكون غير ممكن الدفع وغير ممكن التوقع وغير منسوب الى المسئول وخارجياً.

غير أن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض وهي المختصة بالنظر في قضايا المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، ما لبثت إلا قليلاً بعد حكم الدوائر المجتمعة فأصدرت حكماً بتاريخ 1931/12/7⁽¹⁾ متأثرة فيه بفكرة احتياطية المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، قالت فيه أن خطأ المضرور، ولم لو تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، يترتب عليه اعفاء المسئول اعفاء كلياً وكان سندها في ذلك أن هذه المسؤولية الاحتياطية لا تطبق إلا إذا كان المضرور بريئاً لم يرتكب أي خطأ، فإذا ارتكب خطأ، فإنه لا يستحق الحماية التي وضعتها هذه المسؤولية بافتراضها خطأ، المسئول، بل تنقلب هذه المسؤولية الى مسؤولية عن فعل الشخص تخضع لأحكام المادتين 1382 — 1383، ولا يستطيع المضرور أن يحصل على تعويض من المسئول إلا إذا أثبت عليه خطأ، وحينئذ يقسم التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما، غير أن القضاء الفرنسي كان قد طور المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية وأخذ يحرقها من مختلف القيود التي كانت تحد من تطبيقها كقاعدة

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1932 عدد 18 برقم 363.

عامة بحيث أصبحت واجبة التطبيق في كل الحالات التي تتوافر فيها شروط تطبيقها، ولذلك ما لبثت الدائرة المدنية الثانية أن صرفت النظر عن فكرة احتياطية المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي واعتبرتها قاعدة عامة.

المرحلة الثانية:

8 — ولما كانت هذه المسؤولية قد أصبحت قاعدة عامة وليست احتياطية، فقد أصبح غير سائغ أن تنقلب الى مسؤولية عن الأفعال الشخصية لمجرد أن المضرور قد ارتكب خطأ. ولذلك أصدرت دائرة العرائض حكماً بتاريخ 13/4/1934⁽¹⁾ قالت فيه «ان خطأ المضرور الذي لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، يترتب عليه اعفاء المسئول عن فعل الشيء غير الحي اعفاء جزئياً، بحيث يقسم التعويض بينهما دون حاجة بالمضرور لاثبات خطأ ضد المسئول أي أن مسؤولية هذا الأخير تظل مسؤولية عن فعل الشيء غير الحي يفترض فيها الخطأ افتراضاً لا يقبل اثبات العكس».

ولكن إذا كان الأمر كذلك فكيف يقسم التعويض بين شخص يفترض خطؤه، وشخص آخر ثبت خطؤه؟ ما هو المعيار الذي يتخذ أساساً للتقسيم؟

لجأت الدائرة المدنية الثانية الى معيار جسامه خطأ المضرور أو تفاهته، فكلما كان خطؤه جسيماً قل نصيبه من التعويض وكلما كان خطؤه تافهاً زاد نصيبه من التعويض.

والواقع هو أن قياس التعويض بمعيار جسامه الخطأ أو تفاهته، سواء من ناحية المسئول أو من ناحية المضرور، خاطيء، لأن التعويض يجب أن

(1) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1934 عدد 1 برقم 41.

يقاس بمقياس ومقدار الضرر دون النظر الى جسامة أو تفاهة الخطأ، فرب خطأ جسيم لا يترتب عليه الا ضرر تافه، وبالعكس خطأ تافه يترتب علي ضرر فادح وقد قيل — ومعظم النار من مستصغر الشرر، ولذلك فبعد أن كان القضاء الفرنسي مستقرا على زيادة التعويض عدل عن ذلك في حكم صدر في 1946/10/21⁽¹⁾، قالت فيه «ان التعويض عن الضرر الذي يقرره القانون ضد المسئول تقصيريا، يشمل كل الضرر الذي حدث مهما كانت جسامة خطأ المسئول أو تفاهته ولا تأثير للظروف التي من شأنها أن تخفف من جسامة الخطأ على تقدير التعويض.

أما الفقه والقضاء، بل والتشريع عندنا، فمازالوا يأخذون في تقدير التعويض بجسامة الخطأ أو تفاهته، سواء من ناحية المسئول أو من ناحية المضرور، كما سوف نرى وما ذلك إلا أثر من آثار اختلاط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية واعتبار التعويض عقوبة.

على كل حال فقد استمرت الدائرة المدنية الثانية في هذه المرحلة نحو الثلاثين عاما وكانت تشترط دائما أن يكون المضرور قد ارتكب خطأ ثابتا.

المرحلة الثالثة:

9 — تبدأ هذه المرحلة بحكم أصدرته الدائرة المدنية الثانية في 1963/12/17⁽²⁾، اكتفت فيه بفعل المضرور ولو لم يكن خاطئا، فمتى ساهم المضرور بفعله في أحداث الضرر قسم التعويض بينه وبين المسئول، أي أن هذه الدائرة تأثرت بنظرية تكافؤ الأسباب la théorie de l'équivalence des conditions تلك النظرية التي تأخذ في المسؤولية بكل سبب مهما كان بعيدا، متى كان قد ساهم في أحداث الضرر، وهي التي

(1) ورد هذا الحكم في مؤلف الأستاذة G. Viney المسؤولية شروطها طبعة 1982 بند 599 ص 712.

(2) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1964 برقم 569.

كان القضاء الفرنسي يأخذ بها ثم عدل عنها الى نظرية السبب المنتج⁽¹⁾.
théorie d e la consalité adéquate وفي خلال هذه المرحلة التي استمرت
نحو عشرين عاما، أخذت الدائرة المدنية الثانية تتوسع في التخفيف من
مسئولية حارس الشيء غير الحي، على الرغم من صدور قانون سنة 1958،
الذي ألزم التأمين من حوادث السيارات، وأصبح المسئول يدفع اقساط
التأمين سواء ارتكب حادثا أو لم يرتكب حادثا وتولت شركة التأمين دفع
التعويض عنه.

توسعت هذه الدائرة وأصبحت تقضي باعفاء المسئول جزئيا، ولو
كان فعل المضرور صادرا من أطفال صغار غير مميزين كانوا يلعبون في
الشارع فصدمتهم حافلة كان سائقها يرتد بها الى الوراء⁽²⁾ وقد حاول
الفقه أن يعرف فعل المضرور الذي يساهم في احداث الضرر فقال البعض
أنه الفعل الذي يعتبر شاذا أو غير عادي Anormal وأخذت الدائرة المدنية
الثانية بهذا التعريف في حكمها السابق الذكر الصادر في 1971/11/3،
وقال بعض آخر من الفقهاء أن فعل المضرور الذي يترتب عليه الاعفاء
الجزئي هو الفعل انذي لا يغتفر Inxcusable ثم ان الدائرة المدنية الثانية
أخذت في هذه المرحلة تدخل على شرط عدم امكان توقع السبب الأجنبي
كلمة عادة Normalement ومعنى اضافة هذه الكلمة الى عدم التوقع هو
أن يقاس بمعيار رب الأسرة الطيب le bon père de famille مع أن عدم
التوقع كعدم امكان الدفع وكالقوة القاهرة والحادث المفاجيء يجب ان يكون
مستحيلا استحالة مطلقة، نستعصي حتى على الرجل الحريص وبضافة
كلمة Normalement خففت الدائرة المدنية الثانية من عبء عدم التوقع
على المسئول عن فعل الشيء غير الحي، مع أن هذه الدائرة لم تورد هذا

(1) أنظر حكمها بذلك في 1971/11/3 المنشور في مجموعة أحكام القضاء المدني سنة 1971
عدد 2 برقم 297.

القيد في المسؤولية عن فعل الحيوان. ومع أن الدوائر الأخرى لمحكمة النقض لم تستعمل هذا القيد في عدم التوقع.

المرحلة الرابعة:

10 — بدأت هذه المرحلة في سنة 1982 ففي هذه السنة حدث انقلاب كبير Un REvirement في قضاء الدائرة المدنية الثانية، وكان ذلك بصدد قضية ديمار Desmares التي تتخلص وقائعها في أن ديمار هذا قد صدم بسيارته الزوجين شارل وهما يجتازان الشارع من غير الممر المخصص للمشاة، فأصابهما بجروح جسيمة، فرفعا عليه دعوى يطالبانه فيها بالتعويض على أساس المادة 1/1384. فدفع ديمار دعواهما بأنهما ارتكبا خطأ في اجتيازهما الشارع من غير الممر المخصص للمشاة، وبأن المسافة التي كانت تفصل بينه وبينهما كانت ضيقة بحيث لم تسمح له بإيقاف السيارة في الوقت المناسب، لا سيما. وكان الوقت ليلا وكانت هناك سيارة تسير على يمينه حجبت عنه رؤيتهما.

رفضت الدائرة المدنية دفعه، وأصدرت حكمها في هذه القضية بتاريخ 1982/7/21⁽¹⁾ قالت فيه «ان خطأ المضرور لا يعفي من المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي المنصوص عليها — بالمادة 1/1384 الا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، بأن كان غير ممكن دفعه ولا توقعه، وما لم تتوافر فيه هذه الشروط، فانه لا يعفي المسئول ولو اعفاء جزئيا»، وهكذا أصبح فعل المضرور، إما أن يكتسي شروط القوة القاهرة فيعفي المسئول عن فعل الشيء غير الحي اعفاء كلياً، وإما ألا تتوافر فيه هذه الشروط فلا يعفيه ولو جزئياً، مهما كان جسيماً، وصحّ لبعض الفقهاء أن يقول le tout ou rien وأصبح قضاء هذه الدائرة خالياً من كلمة normalement

(1) نشر حكم ديمار في داللوذ سنة 1982 برقم 449 مع تعليق للأستاذ J. Larroumet.

التي كانت تضيفها الى شرط عدم امكان التوقع، وصار عدم امكان التوقع يجب أن يكون مستحيلا، استحالة مطلقة يستحيل التغلب عليها حتى من الرجل الشديد الحرص l'excellent père de famille، وأصبح المسئول عن فعل الشيء غير الحي لا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته باثبات أن دور الشيء في احداث الضرر كان سلبيا، كما كانت تقضي به هذه الدائرة من قبل، وصار لا يعفيه من مسئوليته إلا أن يثبت السبب الأجنبي بكل شروطه الأربعة. ولقد قوبل هذا الحكم بالترحيب من غالبية الفقه، وقيل ان الدائرة المدنية الثانية قد عادت الى الصواب، واتفق قضاؤها مع المبادئ التي أرساها حكم الدوائر المجتمعة للمسئولية عن فعل الشيء غير الحي في سنة 1930، كما أنها اتفقت مع نفسها فيما يتعلق بخطأ الغير إذ لم تكن ترتب عليه أي اعفاء ما لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، كما أنها اتفقت مع الدائرة المدنية الأولى التي لم تأخذ مطلقا بفعل المضرور غير الخاطيء⁽¹⁾، واتفقت كذلك مع الدائرة المدنية الثالثة التي لم تأخذ أبدا بفعل المضرور غير الخاطيء لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية عن تهمد البناء⁽²⁾، غير أن أقلية من الفقهاء انتقدت قضاء ديمار مثل الفقيه Larroumet⁽³⁾، والفقيه F. Chabas⁽⁴⁾ وقالوا بأن من شأنه أن يصيب المسئول عن فعل الشيء بظلم إذا لم يكن مؤمنا، فيتحمل نتيجة خطأ المضرور ولو كان جسيما ما دام لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وقالوا ان هذا القضاء تترتب عليه نتيجة شاذة هي أن خطأ المضرور الذي لا تكتمل فيه شروط القوة القاهرة يترتب عليه اعفاء المسئول الذي ثبت خطؤه طبقا لنص المادة 1382،

(1) أنظر مثلاً حكماً هذه الدائرة صدر في 1972/4/21 ونشر في الأسبوع القانوني لسنة 1972 برقم 17450.

(2) أنظر مثلاً حكماً هذه الدائرة صدر في 1971/7/1 ونشر في دالوز الدوري سنة 1971 رقم 672.

(3) أنظر تعليقا له على هذا الحكم نشر في دالوز سنة 1982 برقم 449.

(4) أنظر تعليق شابا على حكم ديمار الذي نشر في جيريس كلاسير الدوري سنة 1982 عدد 2 برقم 19861.

اعفاء جزئيا بل وقد يكون اعفاء كلياً، إذا استفرق خطأ المسئول في حين أنه لا يعني المسئول الذي افترض خطؤه والافتراض ما هو الا تصور قد لا يكون حقيقة صحيحة، وهكذا يكون من ثبت خطؤه أحسن حظاً ممن افترض خطؤه.

والواقع هو أن الدائرة المدنية الثانية كانت ترتب دائماً على خطأ المضرور الذي لا يكتسي شروط القوة القاهرة اعفاء جزئياً في مادة المسؤولية عن الأفعال الشخصية، بل انها أصدرت في نفس اليوم الذي أصدرت فيه حكم ديمار، حكماً في قضية جيوم ⁽¹⁾Guilloume، قالت فيه باعفاء المسئول طبقاً لنص المادة 1382، اعفاء جزئياً بسبب خطأ المضرور الذي لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، غير أن هذه النتيجة الشاذة لم تؤثر على قضاء الدائرة المدنية الثانية في قضية ديمار بل إنها مدت قضاءها هذا من المسئولية عن فعل الشيء غير الحي الى المسئولية عن فعل الحيوان، المنصوص عليها بالمادة 1385، فقضت في حكم لها صدر في 18/1/1984 ⁽²⁾ بأن خطأ المضرور الذي لا يكتسي شروط القوة القاهرة لا يعني المسئول عن فعل الحيوان ولو اعفاء جزئياً.

غير أن هذه الدائرة الثانية شعرت بالنتيجة الشاذة التي تترتب على قضائها هذا بالنسبة الى المسئول عن خطأ ثبت ضده، فأصدرت حكماً بتاريخ 25/1/1984 ⁽³⁾، قالت فيه إذا استند المسئول عن فعل الشيء غير الحي الى المادة 1382، والى المادة 1384/1 وجب تطبيق هذه المادة الأخيرة دون الأولى.

(1) صدر الحكم في قضية جيه في 21/7/1982 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1982 عدد 2 برقم 317.

(2) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1984 عدد 1 برقم 212.

(3) نشر هذا الحكم في داللو سنة 1984 برقم 242.

ولقد كان لقضاء ديمار تأثير على المشرع الفرنسي فأصدر قانونا بتاريخ 1985/7/5، خاصا، بتحسين وضع المضرورين من فعل أدوات النقل البري، المحركة بمحرك وقد اكتفى في هذا القانون بأن يكون لأداة النقل أي تدخل في أحداث الضرر، واستعمل كلمة مطاطة لهذا التدخل وهي كلمة Impliquer التي فسرها القضاء بمعنى أن يكون وضع أداة النقل قد ترتب عليه اضطراب perturbation في حركة المرور، وقد قسم هذا القانون المضرورين الى طائفتين — الطائفة الأولى هي كل من تجاوزت سنة 16 ولم تتجاوز 70 سنة، وهذه الطائفة تحصل على التعويض عن الأضرار الجسيمة ولا يستطيع المسئول أن يتخلص من مسؤوليته إزاءهم، حتى بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ولكن يعفيه من المسؤولية أن يثبت خطأ المضرور الذي لا يغتفر Inexcusable وقد فسرت المحاكم هذا الخطأ بأنه هو الذي يرتكبه المضرور وهو عالم بخطورته، وغير مضطر الى ارتكابه، ويشترط في هذا الخطأ إذن ثلاثة شروط لكي يعفي المسئول من مسؤوليته أن يكون غير مغتفر، وأن يكون مكتسبا شروط القوة القاهرة، وأن يكون هو السبب الوحيد في أحداث الضرر. فإذا كان المسئول قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر، فلا يعفي من مسؤوليته ولو اعفاء جزئيا.

أما الطائفة الثانية فهي تشمل كل من تقل سنة عن 16 سنة، ومن تزيد سنة عن 70 سنة والمعوقين أي les handicapés وهذه الطائفة تحصل على كل التعويض عن الأضرار الجسمية، ولا يستطيع المسئول أن يتخلص من مسؤوليته إزاءهم لا بإثبات القوة القاهرة ولا بإثبات الحادث المفاجيء، ولا بإثبات خطئهم غير المغتفر، ولا يعفيه من مسؤوليته الا أن يثبت أنهم أرادوا إلحاق الضرر بأنفسهم، كما لو أرادوا الانتحار، وكان ذلك هو السبب الوحيد في أحداث الضرر، وهكذا صار خطأ المضرور هنا مهما كان جسيميا ومهما كان غير مغتفر لا يرتب أي اعفاء ولو جزئيا.

11 — لم يلبث قضاء ديمار طويلا ولم يدم أكثر من خمس سنين، فقد عادت الدائرة المدنية الثانية سيرتها الأولى، فأصدرت حكما بتاريخ 1987/11/6⁽¹⁾ قالت فيه (ان للحارس للشيء غير الحي الذي سبب ضررا للغير أن يطلب اعفائه من المسؤولية اعفاء جزئيا إذا أثبت أن خطأ المضرور قد ساهم في احداث الضرر) وهكذا ارتدت الدائرة المدنية الثانية عن قضاء ديمار، ولكن يلاحظ أنها في هذه الردة لم تعد تكتفي بفعل المضرور ولو لم يكن خاطئا، بل اشترطت أن يكون خطأ، وهكذا هجرت الأخذ بمجرد فعل المضرور وأصبحت لا ترتب عليه أي اعفاء. ولسنا ندري هل تعود هذه الدائرة مرة أخرى الى قضاء ديمار؟

12 — موقف القانون المدني الجزائري من خطأ المضرور:

نصت المادة 127 من هذا القانون على مايلي «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

ونص هذه المادة منقول حرفيا من نص المادة 165 مدني مصري، وقد وضع نص هذه المادة أنواع السبب الأجنبي الذي يعفي من كل أنواع المسؤولية وعلى الأخص من المسؤولية عن فعل الأشياء، على الرغم من أنه ورد في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، إذ فلما يلجأ المسئول عن فعله الشخصي الى اثبات السبب الأجنبي لكي يعفي من مسئوليته، ما دام يستطيع ان ينفي عن نفسه الخطأ.

(1) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1988 عدد 1 برقم 32.

والخلاصة هي أن السبب الأجنبي المذكور في المادة 127 يعفي من كل أنواع المسؤولية لأن النص ورد في عبارة عامة لم تخصص بمسؤولية معينة.

ولو رجعنا الى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري⁽¹⁾ لوجدنا أنها علقت على المادة 165 بأن حكمها عام يطبق على جميع أنواع المسؤولية، وعلى الأخص على المسؤولية عن فعل الأشياء، لأنها هي المسؤولية الوحيدة التي يتمسك فيها المسئول باثبات السبب الأجنبي لكي يعفي من مسؤوليته، في حين أن متولي الرقابة ليس مضطرا الى اللجوء الى السبب الأجنبي، لأنه يستطيع أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة فينتخلص من مسؤوليته، والمتبوع لن يجديه شيئا أن يثبت السبب الأجنبي، وإذن فالمادة 127 تكاد تكون أهميتها مقتصرة على المسؤولية عن فعل الأشياء فهي التي يستطيع السبب الأجنبي نفيها.

13 — ولقد ذكر نص المادة 127 م. جزائري كالمادة 165، م. مصري والمادة 166 م. سوري والمادة 168 م. ليبي خطأ المضرور وخطأ الغير، الى جانب القوة القاهرة والحادث المفاجيء وأخذ القانون المدني المصري بذلك في نصوصه الخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، وكذلك في المسؤولية الخاصة بحراسة الحيوان وكذلك فعلت القوانين العربية الأخرى التي حذت حذو القانون المدني المصري.

أما القانون المدني الجزائري فقد انفرد عن هذه القوانين بل وعن قضاء الدائرة المدنية الثانية في مرحلته الأخيرة، فنص بالمادة 2/138 على ما يلي: «ويعفي من هذه المسؤولية (أي المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية)، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة».

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 363 وما يليها.

أولاً — انها خالفت نص المادة 127 التي وضعت القاعدة العامة للسبب الأجنبي وتكلمت عن خطأ المضرور وعن خطأ الغير، بينما اكتفت هذه الفقرة بعمل الضحية وعمل الغير، والظاهر أن المشرع الجزائري حين أورد هذه الفقرة في سنة 1975، قد تأثر بما كانت تسير عليه الدائرة المدنية الثانية في المرحلة الثالثة، والدليل على هذا التأثير هو أن نصها الفرنسي (وإن اعتقد أن النص الفرنسي هو الأصل) قد ذكر كلمة (عادة) *normalement* التي كانت تستعملها هذه الدائرة في هذه المرحلة فقط ثم عدلت عن ذكرها نهائياً منذ سنة 1982.

ثانياً — انها اكتفت في السبب الأجنبي بشرط عدم امكان التوقع فقط، ولم تشترط عدم امكان الدفع، مع أن هناك اجماعاً في الفقه والقضاء سواء عندنا أو في فرنسا على ضرورة توافر شرطي عدم امكان الدفع وعدم امكان التوقع معاً، بل أن القضاء الجزائري يقضي دائماً بضرورة توافر الشرطين، ومن ذلك ما قضى به المجلس الأعلى (المحكمة العليا الآن) بتاريخ 1983/3/30 في القضية رقم 27429 من «أن السبب الأجنبي هو الذي لا يمكن توقعه ولا تفاديه»⁽¹⁾.

ذلك أن السبب الأجنبي قد لا يكون متوقعاً ولكن يمكن دفعه، وحينئذ لا يمكن أن يعفي من مسؤولية حارس الشيء: مثال ذلك أن يسير قائد سيارة سيرا بطيئاً في شارع لا يتوقع فيه أن يجتازه أحد من غير الممر المخصص للمشاة، ثم يفاجأ بطفل يجتاز الشارع من غير هذا الممر، فبما أنه يسير ببطء بسيارته فانه يستطيع أن يقف محركها في الوقت المناسب ويتجنب الاصطدام بالطفل أي أن الحادث يمكن دفعه وإن لم يكن

(1) نشر هذا الحكم في نشرة ديوان المطبوعات الجامعية للاحتفاء القضائي سنة 1986.

متوقعا، ففي مثل هذا المثل إذا قتل السائق الطفل فإنه يستطيع، طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 138، ان يتخلص من مسؤوليته لأنه لم يكن يتوقع اجتياز هذا الطفل الشارع من غير الممر المحدد للمشاة، وناهيك بما في هذا من مجافاة للمنطق السليم.

ثالثا — إذا لا حظنا أن القانون المصري والقوانين العربية التي حذت حذوه قد قصرت المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي على الأشياء الخطرة التي تحتاج حراستها الى عناية خاصة ويقظة وانتباه، ولم تعف حارسها من مسؤوليته الا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يستطيع دفعه ولا توقعه، أفلم يكن ينبغي الا يعفي القانون المدني الجزائري هذا الحارس من باب أولى بعد أن أخذ بما أخذ به القضاء الفرنسي من تعميم في الأشياء غير الحية حتى شملت أتفه الأشياء التي لا تحتاج حراستها الا إلى أقل قدر من العناية؟

مثل دراجة غير بخارية أو حتى شفرة حلاقة أو علبة كبريت؟ لماذا يخفف القانون الجزائري من مسؤولية حارس مثل هذه الأشياء التافهة بدلا من أن يحاسبه على إهماله حسابا عسيرا؟ لماذا هذا التخفيف بعد أن ألزم المشرع الجزائري التأمين من حوادث السيارات بالمرسوم الصادر في 1974/1/30 وأصبحت شركة التأمين هي التي تتولى دفع التعويض؟

رابعا — ومن الغريب أن القانون الجزائري المدني لم يعف حارس الحيوان في المادة 139 الا بإثبات، السبب الأجنبي كما هو معرف بالمادة 127، فكيف يضيق الخناق على حارس الحيوان الذي قد يكون خطرا بينما يفسح المجال أمام حارس الشيء غير الحي وقد يكون هذا الشيء تافها لا تحتاج حراسته الى أي انتباه؟

خامسا — ساوى نص هذه الفقرة بين فعل الغير وفعل الضحية فأعطى للمسئول عن فعل الشيء غير الحي الحق في أن يتخلص من مسؤوليته إذا اثبت فعلا أنه الغير ولم يكن يتوقعه، مع أن الدائرة المدنية الثانية

قد انتهت منذ صدور حكم لها في 1959/1/7⁽¹⁾ إلى أن فعل الغير، ولو ظل مجهولا، لا يعفي المسئول عن فعل الشيء إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة، وإذا لم تتوافر فيه هذه الشروط فلا يعفيه ولو اعفاء جزئيا، وللمضرور أن يرجع على المسئول بكل التعويض ويكون للمسئول أن يرجع على الغير بنسبة مساهمة فعله في أحداث الضرر.

خامسا — أورد النص الفرنسي فقط هذه الفقرة كلمة Normalement التي كانت توردها الدائرة المدنية الثانية خلال المراحل الأولى والثانية والثالثة ثم عدلت عنها في المرحلة الرابعة، وكانت تعني باضافتها اخضاع عدم التوقع لمعيار الرجل العادي، ثم عادت في المرحلة الرابعة تتطلب الاستحالة المطلقة التي تستعصي على أي إنسان مهما كان حريصا. ولقد تجنب النص العربي لهذه الفقرة ذكر كلمة عادة وهو الصحيح الذي يجب العمل به.

سادسا — عبرت هذه الفقرة عن الحادث المفاجي le Cas fortuit بعبارة ((الحالة الطارئة)) وخالفت بذلك الاصطلاح المتفق عليه، والوارد في المواد 127، 168، 178، واستعمال عبارة الحالة الطارئة قد يؤدي إلى اللبس والخلط بين الظرف المفاجيء الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا والظروف الطارئة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 107 وهي التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط للمدين.

15 — لكل ما تقدم ينبغي أن تعاد صياغة الفقرة الثانية من المادة 138 لتصبح كما يلي ((ويعفي حارس الشيء من مسؤوليته إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه)) وبذلك تتفق مع نصوص المواد 127، 139

(1) نشر هذا الحكم في مجموعة الأحكام المدنية سنة 1959 عدد 2 برقم 21.

م. جزائري ومع نصوص القوانين العربية الأخرى، ولا داعي لتفصيل أنواع السبب الأجنبي ما دام قد فصل بالمادة 127.

16 — وقبل أن أنتهى لا بأس من أن أذكر بموقف قوانيننا العربية من تأثير الخطأ ودرجته على مقدار التعويض، ففيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية ما زال الفقه والقضاء عندنا يأخذان في الاعتبار بجسامة خطأ المسئول أو تفاهته لتقدير التعويض، وقد بررت مجموعة الأعمال التحضيرية ذلك⁽¹⁾ بقولها إنه يتفق مع المذهب الشخصي في المسؤولية، بل وأخذت به النصوص العربية ضمناً، فنصت المادة 126 م. جزائري على ما يلي: «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التزامه بالتعويض».

وهي تقابل المواد 169 م. مصري، 170 م. سوري و 172 م. ليبي. ومن المتفق عليه أن تعيين القاضي نصيب كل منهم يقوم على أساس جسامة أو تفاهة خطأ كل منهم. أما في المسؤولية العقدية، فقد اتفقت القوانين العربية مع القانون والقضاء والفقه في فرنسا على أن تؤخذ جسامة الدائن في الاعتبار، وقد نصت المادة 177 م. جزائري على أنه ((يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في أحداث الضرر أو زاد فيه)).

وهي تقابل المواد 216 م. مصري 217 م. سوري و 219 م. ليبي كما أن المادتين 178 — 182 م. جزائري نصتا على أنه «إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ التزامه، كان مسئولا

(1) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 392.

عن تعويض الضررين المتوقع وغير المتوقع» مع أن الأصل في المسؤولية العقدية هو ألا يسأل المدين إلا عن الضرر المتوقع فقط.

وتقابل هاتين المادتين المواد 217، 221 م. مصري 218 م. سوري 220 — 224 م. ليبي.

تغيير الجنس Transsexualisme

1 — اطلعت أخيرا على مشكلة طريفة نشرت في مجموعة أحكام القضاء المدني الكبرى⁽¹⁾ وأثارت نقاشا حادا بين الأوساط الفقهية في فرنسا.

وقد أثرت هذه المشكلة بصدد قضايا طرحت أمام القضاء هناك تدور حول هذا التساؤل: هل للانسان الحق في أن يغير جنسه من ذكر الى أنثى أو من أنثى الى ذكر؟ وقد أطلق على هذه المشكلة اصطلاح Transsexualisme. وقد أثرت هذه المشكلة بصدد قضيتين عرضت احدهما على محكمة النقض في سنة 1975⁽²⁾، وعرضت الثانية في سنة 1987⁽³⁾.

وتتلخص القضية الأولى في أن المدعو M.A كان قد ولد في سنة 1943 وقيد في سجل الحالة المدنية بصفته ذكرا، ولم يكن هناك شك عندئذ في أنه ذكر، لأن عضو التناسل الذكري كان ظاهرا في جسمه، أي انه لم يكن خنثى مشكلا Hermaphrodite.

ولما بلغ أشده واستوى، أخذ يشعر بمعالم أنثوية، من حيث سلوكه وصوته، فأخذ يتناول هرمونات الأنوثة، وسافر الى خارج فرنسا وأجرى

(1) les grands arrêts de la juriopudence civile, 9me édit 1990, p. 90.

(2) صدر حكم محكمة النقض في هذه القضية في 16/12/1975، ونشر في دالوز سنة 1975 برقم 397.

(3) صدر حكم محكمة النقض في هذه القضية في 1/3/1987، ونشر في دالوز سنة 1987 برقم 445.

عملية جراحية في جسمه صيرته أنثى ظاهريا، ثم عاد الى فرنسا وتقدم الى محكمة بوردو Bordeaux الابتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر الى أنثى في سجل الحالة المدنية، واستند في دعواه الى تقارير وضعها خبراء تشهد بأنه ليس متمتعا بالميلول النفسية Psychiques التي يتمتع بها الذكر، وان كل نواحي سلوكه تدل على أنه أنثى.

فرفضت المحكمة الابتدائية طلبه، فرفع استئنافا أمام محكمة استئناف بوردو فأيدت الحكم الابتدائي في 13/6/1972، فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى، فقضت بأن محكمة استئناف بوردو كانت على حق في حكمها الذي قضى بأن مبدأ اثبات حالة الانسان الجنسية واستقرارها يهم النظام العام، ولا يجوز أن تتغير هذه الحالة على أثر عمليات جراحية أجريت على الجسم وغيّرت معالنه تغييرا اصطناعيا Arificiel، وان هذه الحالة تتحدد منذ الميلاد، فمتى ولد المولود ذكرا. وسجل في الحالة المدنية ذكرا، فلا يمكن أن يطلب تغيير جنسه فيما بعد نتيجة تدخل جراحي.

2 — أما القضية الثانية فتتلخص في أن المدعو Norbert B تقدم الى محكمة بوردو الابتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر الى أنثى في سجل الحالة المدنية، وتغيير اسمه الى Lyne-Antoinette فرفضت المحكمة طلبه، فرفع استئنافا أمام محكمة استئناف بوردو، فأيدت الحكم الابتدائي في 30/5/1985، فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى، فقضت بأن محكمة الاستئناف كانت على حق حين رفضت ادعاء المدعي بأن الجنس يتحدد ليس فقط بالمعالم الحيوية، بل وكذلك بالمعالم النفسية Psychologiques.

وحيث أن المحكمة دفعت ادعاءه بأنه على الرغم من تناوله الهرمونات الأنثوية، وعلى الرغم من العملية الجراحية التي غيرت جنسه اصطناعيا، فإن Norbert . B ما زال يتسم بمعالم الذكورة، وليست حالته الجنسية الحالية نتيجة عناصر سابقة على العملية الجراحية، التي أجريت له بناء على طلبه، ولم تكن استجابة لضرورة علاجية حتمية.

3 — هاتان هما القضيتان اللتان عرضتا على الدائرة الأولى في محكمة النقض الفرنسية. وقد انتهى رأي المحكمة فيهما الى أن جنس الانسان يتحدد منذ ميلاده، وأنه من النظام العام، بحيث لا يجوز تغييره تغييرا اصطناعيا، مهما كانت هناك ظواهر أخرى. ولقد أثارت هاتان القضيتان نقاشا فقهيًا حادًا، واختلف الرأي بصددهما بين مؤيد لرأي محكمة النقض ومعارض له.

فالرأي المؤيد يرى أنه متى ولد الانسان ذكرا، يتوافر لديه عضو الذكورة التناسلي، ويسجل في سجل الحالة المدنية ذكرا، فلا يجوز مطلقا أن يغير جنسه فيما بعد بوسائل اصطناعية، اللهم إلا إذا كان قد حدث خطأ في ذكر جنسه بسجل الحالة المدنية.

وأما الرأي المعارض فيرى أن جنس الانسان لا يتحدد فقط بهذه المظاهر الحيوية Biologiques، وإنما يجب أن تضاف اليها عوامل أخرى، وراثية، ونفسية، وسلوكية، وعاطفية، وأنه يجب أن تؤخذ في الاعتبار ألوان الخلايا، وشكلها، وافرازها، وتفاعلها، وتكوين الغدد، وافرازها.

ولقد ذكر الأستاذ J. Petit هذه العوامل الأخرى في مقال له نشر في المجلة الفصلية للقانون المدني⁽¹⁾ على النحو التالي:

«Le sexe d'un individu ne peut résulter que d'un bilan, il est issu de la juxtaposition d'une série d'éléments: génétique, chromosomal Chromatinien, gonadique, germinal, gamétique ou gonocytaire, gonophorique interne, gonophorique externe ou périnéal, hormonal, somatique, psychique voire social».

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1976 ص 69 وما يليها.

وقد يحدث أن العناصر لا تتلاءم مع بعضها، فيكون للانسان جنس من الناحية الظاهرة، ولكنه من الناحية الروحية Psychologique يضم جنسا آخر. وكم نصادف في الواقع مثل هذه الظاهرة، فترى رجلا يبدو في الظاهر ذكرا، ولكن سلوكه وميوله، وصوته، وتفكيره، كل ذلك يوحي بأنه أنثى، وبالعكس كثيرا ما نصادف امرأة تبدو في الظاهر كأنثى، ولكن توافر العناصر السابقة الذكر يوحي بأنها رجل، ولنضرب لذلك مثلا جورج صاند Georges sand، الروائية الشهيرة، والتي سمت نفسها باسم رجل، وكانت تلبس ملابس الرجل، وكانت كل عناصر الرجولة متوافرة لديها، مع أنها امرأة.

ويضيف الرأي المعارض أن تصرف الانسان في جسمه لا يتعلق بالنظام العام، بدليل أن للانسان ان يهدي احدى كليتيه الى شخص عزيز عليه، وأن يهب قطعة من جلده الى شخص آخر، وأن ينتحر إذا شاء، مهما كان محرما، فهو حر في التصرف في جسمه لأنه ملكه وحده.

4 — والرأي عندي هو أنه ينبغي أن نفرق في الانسان بين وضعين، فننظر اليه من ناحية كفرد وكائن حي، ومن ناحية أخرى ننظر اليه كعضو في مجتمع.

5 — فباعتبار الانسان فردا وكائنا حيا، يجب أن يكون حرا في التصرف في جسمه كما يشاء، وله أن يجري على وجهه ما يراه ضروريا لازالة تشويبه، كما تفعل النساء حين يلجأن الى عمليات التزيين l'esthétique أو حين يخرقن آذانهن لوضع الأقراط فيها، أو حين تقوم بعض النساء في بعض البلاد بخرق أنوفهن لوضع حلقة فيها، أو يقوم بعض الرجال باجراء الوشم le tatouage على جلودهم. وللانسان أن يأذن للجراح ببتير ساقه إذا كانت قد جرحت وأدى الجرح الى انتشار الفرغرينة بها la gangrène، بل وللانسان الحق في أن يقضي على جسمه بالانتحار مهما كان محرما.

وخلاصة القول هي أن الانسان كفرد، حر في التصرف في جسمه ما دام ذلك لا يضر المجتمع.

6 — ولقد بسط القانون حمايته على جسم الانسان وجعل له حرمة، وأوردت كل قوانين العقوبات في العالم نصوصا تحرم الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب (أنظر مثلا البابين الثاني والثالث، المواد من 254 الى 239 من قانون العقوبات الجزائري)، (وأنظر على الأخص المادة 1/264 من هذا القانون، وهي تنص على مايلي: كل من أحدث عمدا جروحا بالغير، أو ضربه، أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس... الخ) (وأنظر المادة 1/275 منه، التي تنص على أن «كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي... يعاقب الخ».

وإذا تأملنا في أحكام قانون العقوبات الخاصة بجريمة جسم الانسان، تبين لنا أن هذه الأحكام تهدف الى سلامة جسم الانسان في نواح ثلاث هي: انتظام الوظائف الحيوية للأعضاء، والتكامل الجسدي، والتحرر من الآلام⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالخصاء *la castration*، للانسان أن يجريه على نفسه إذا رأى في ذلك مصلحة له، ولقد كان العبيد قديما يجرونه على أنفسهم ليتقاضوا ثمنا غاليا عند شرائهم، ولكن قوانين العقوبات حرمت اجراء الخصاء على الغير، وفد حرمة المادة 316 من قانون العقوبات الفرنسي، واعتبرته جناية، وحذت حذوها المادة 274 ع. جزائري. التي تنص على مايلي: ((كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب بالاعدام إذا أدت الى الوفاة)).

(1) أرجع في ذلك إلى مؤلف الأستاذ اسحق ابراهيم منصور «شرح قانون العقوبات الجزائري» طبعة ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1983 ص 65.

1 — كل اتفاق على اعفاء من يعتدي على جسم غيره من المسؤولية باطل بطلانا مطلقا.

2 — ليس للدائن ان يستعمل الدعوى غير المباشرة l'action oblique لينوب عن مدينه في المطالبة بحق متصل بشخص المدين (المادة 189 م. جزائري)، ومن بين هذه الحقوق ما يتصل بجسمه.

3 — ليس للمؤمن l'assureur أن يحل محل المؤمن له l'assuré في مطالبة المسئول بما دفعه للمؤمن له من تأمين عن الأضرار التي أصابت جسم المؤمن له. (أنظر المادة 63 من قانون التأمين الجزائري الصادر في 1980/8/9).

7 — ولكن باعتبار الانسان عضوا في مجتمع ما، فإنه مقيد في حريته في التصرف في جسمه، متى كان هذا التصرف يمس المجتمع الذي يعيش فيه، وتغيير الانسان جنسه من ذكر الى أنثى أو بالعكس يهم المجتمع، فالقانون يشترط أن يختلف الزوجان جنسا، فإذا كانا من جنس واحد فان الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا (بل وكان مثل هذا الزواج سببا في قول بعض الفقهاء بنظرية الانعدام l'inexistence، فإذا أبيع للانسان أن يغير جنسه، فكيف يمكن أن يكون هناك زواج؟ إذا فرضنا أن شابا لم يتزوج بعد غير جنسه من ذكر الى أنثى فهل يتصور أن يتقدم شخص للزواج بفتاة بعلم أنها كانت ذكرا؟ والعكس للذكر الذي صار أنثى، وإذا فرضنا أن من غير جنسه كان متزوجا، فان زواجه يصبح باطلا بطلانا مطلقا، وناهيك بما يترتب على ذلك من اضطراب في الأسرة التي هي الخلية الأولى للمجتمع.

ومن حيث الميراث، تقضي الشريعة الاسلامية بأن للذكر مثل حظ الأنثيين، فإذا أبيع للأنثى أن تغير جنسها الى ذكر، اختل نظام الميراث من أساسه، وخولف حكم الله في قوله (يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور) ومن حيث الشهادة، تقضي هذه الشريعة بأن شهادة المرأة تساوي نصف شهادة الرجل، فإذا أبيع للرجل وللمرأة تغيير الجنس، اضطرب نظام الشهادة في الشريعة الاسلامية. ومن حيث الولاية في الزواج. يقضي قانون الأسرة بأن يتولى زواج المرأة وليها... (المادة 11) فإذا أبيع للأنثى أن تغير جنسها الى ذكر، اختل هذا الحكم الشرعي.

وهناك دساتير لبعض الدول تقصر حق الانتخاب وحق الترشيح للنياية على الذكور دون الأناث، فإذا أبيع تغيير الجنس خولف حكم هذه الدساتير، واضطرب أمر الانتخاب والنياية، وفي القانون الدولي الخاص تقضي فوانين الجنسية في كثير من الدول بأن يأخذ الطفل جنسية أبيه دون أمه. فلو غير الأب جنسه قبل ميلاد الطفل، وأصبح أنثى فماذا تكون جنسية الطفل؟ ان الأب سوف يصبح في هذه الحالة أنثى ولا ينطبق عليه حكم الأب.

8 — وأقتصر على هذه الأمثلة القليلة وأنتهى منها الى القول بأن تغيير الجنس يضر بمصلحة المجتمع ويشيع الاضطراب في نظمه، ومن ثم لا ينبغي أن يباح، وأؤيد رأي محكمة النقض الفرنسية في ضرورة ثبات الجنس ودوامه، واستقراره على ما كان عليه يوم ميلاد الطفل وتسجيله في سجل حالة المدنية، مهما بدت بعد ذلك مظاهر تدل، على خلاف ما كان عليه طفل يوم ميلاده وتسجيله.

9 — غير أن لي على رأي محكمة النقض تحفظا يتعلق بالخنثي le hermaphrodite، فإذا ولد شخص تتوافر لديه اعضاء الذكورة والأنوثة معاً. وسجل في سجل الحالة المدنية كذكر أو كأنتى، فلا جناح عليه إذا ما

أجرى على نفسه فيما بعد عملية جراحية استأصلت عضو الذكورة أو عضو الأنوثة، فأصبح أنثى أو ذكرا بعد أن كان خنثى مشكلا.

ان مثل هذا الشخص لم يغير جنسه، وانما حدده تحديدا نهائيا بعد أن كان مشكوكا فيه، وأوضحه بعد أن كان مبهما وغامضا، فلاضير عليه ان طلب تغيير جنسه المسجل في الحالة المدنية، ولا يجوز أن يرفض طليه.

10 — ولقد كانت محكمة النقض الفرنسية على حق حين رفضت في حكم حديث لها صدر في 21/5/1990 من دائرتها المدنية الأولى⁽¹⁾ رأى البعض من الفقهاء⁽²⁾، الذي نادى باباحة تغيير الجنس إذا تم بعملية جراحية أجريت على شخص كانت كل مظاهر حياته النفسية psychiques تدل على أنه من جنس آخر غير الجنس الذي تدل عليه أعضاؤه التناسلية، وبرروا رأيهم هذا بأن تغيير جنس مثل هذا الشخص سوف يترتب عليه تلاؤم وانسجام بين جنسه وبين مظاهر حياته النفسية psychique، وقالوا ان مثل هذه العملية الجراحية تكون اضطرارية لا دخل لارادة الشخص فيها، ومن شأنها إن تعيد التوازن الجسمي والروحي لدى هذا الشخص.

11 — وكذلك لم تقبل محكمة النقض رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان الذي قضى باباحة تغيير الجنس⁽³⁾، وقد جاء في حكم المحكمة الأوروبية الصادر في 17/10/1986⁽⁴⁾ ما يلي: ((ان تغيير الجنس لا يتعارض، لا مع نص المادة 8 — 1 من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الانسان، التي تنص على أن ((لكل شخص الحق في أن تحترم حياته الخاصة

(1) نشر في دالوز سنة 1990 ص 139، أوردته مجموعة أحكام القضاء المدني الكبرى السابقة الذكر ص 101.

(2) أنظر تعليقا للأستاذ Jourdain في دالوز الدوري سنة 1987 برقم 445 عرض فيه هذا الرأي.

(3) راجع مؤلف الأستاذ Berger، قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان ط 2، 1989 ص 295.

(4) ورد هذا الحكم في المؤلف السابق الذكر.

العائلية))، ولا مع نص المادة 12 من هذه الاتفاقية، التي تنص على أن ((للرجل والمرأة البالغين الحق في الزواج وفي تكوين أسرة، طبقاً للقوانين الوطنية التي تنظم هذا الحق)).

رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق الذكر، الصادر بتاريخ 1990/5/21. تفسير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وقالت ((أن المادة 8 — 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا تفيد اباحة تغيير الجنس)) ومحكمة النقض على حق في ذلك. لأن حق الإنسان في أن تحترم حياته الخاصة والعائلية، لا يعنى مطلقاً حقه في تغيير جنسه، بل هذا، كما سبق أن ذكرت، حق له كفرد، لا كعضو في مجتمع. كما أن نص المادة 12 من هذه الاتفاقية لا يفيد مطلقاً تغيير الجنس لنفس الاعتبار، أي لأن الحق في الزواج وفي تكوين أسرة، حق فردي للإنسان لا علاقة له بالمجتمع.

فهرس المواضيع

- 1 — القانون والأخلاق 5
- 2 — الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية 27
- 3 — مركز المرأة في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأجنبية 49
- 4 — مركز الأجنبي في الشريعة الإسلامية وفي أهم الشرائع الأخرى 77
- 5 — السبب الأجنبي في القضاء الفرنسي وفي القانون المدني الجزائري 99
- 6 — شرط التمييز في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي وفي القوانين العربية 117
- 7 — الخيار l'option أو عدم أخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية 131
- 8 — مسؤولية الناقل اجاني في القضاء الفرنسي وفي القوانين العربية 157
- 9 — التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي وفي القوانين العربية 179
- 10 — الضرر الأدبي le préjudice moral وموقف التشريع الجزائري منه 197
- 11 — الفروق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية 219
- 12 — خطأ المضرور 239
- 13 — تغيير الجنس 259

أنجز طبعه على مطابع

كيوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية - بن عكنون

الجزائر

